"E que honra é para a Universidade de Lisboa e a sua Faculdade de Direito o poderem receber como seu Doutor *honoris causa* esse Homem do seu Tempo, esse Homem do seu Universo, esse Homem da mesma Família cultural, que é o Senhor Professor Doutor Paulo Bonavides.

Homem do seu Tempo, também porque, tendo vivido intensamente, como poucos, este século, não se limitou à posição cômoda de testemunha distante, de observador asséptico, inodoro e incolor, antes militou em causas apaixonadas, todas elas radicadas numa visão corajosa da libertação da Humanidade. Só que esse Homem do seu Tempo é, do mesmo modo, um Homem do seu Universo (...) porque nasceu e se fez universal, nas andanças constantes que assinalaram e assinalam a sua peregrinação pelo mundo (...) porque o seu pensamento jurídico traduz muitas das mais fundas e estimulantes preocupações doutrinárias da atualidade. Homem da mesma Família cultural que nos honramos de integrar (...) pela língua em que sempre escreveu Direito, como escreveu prosas não jurídicas e intervenções jornalísticas.

Magnífico Reitor, Senhores Doutores (...) na Universidade há gratidão. Pode ser lenta, esquiva, timorata. Mas, chega sempre. Em vida ou em morte. E quando chega em vida, e em vida ainda cheia de sonhos e de amanhãs, bem-vinda seja ela. Hoje, chegou a gratidão da Faculdade de Direito e da Universidade de Lisboa ao Senhor Doutor Paulo Bonavides. Agradecemos-lhe o ter sido e continuar a ser um homem do seu século, intervindo nele, decifrando antecipadamente o seu curso.

E porque lhe agradecemos tudo isto, queremos que se junte aos doutores *honoris causa* que, ao longo dos anos, nos foram enobrecendo. Temos a certeza de que, lá no alto, nesse colégio eterno de doutores – longe das vicissitudes do imediato –, uma satisfação incontida se espelhará nos rostos de um Duguit, de um Josserand, de um Lambert, de um Politis, de um Sanchez Albornoz. Quem melhor do que o Senhor Professor Doutor Paulo Bonavides para exprimir a riqueza criativa e a pujança da eterna juventude do Brasil, ele que foi, é e será, na sua salutar insatisfação e irrequietude de pensamento, exemplo de criatividade e de incansável juventude eterna ao serviço do Espírito?"

MARCELO REBELO DE SOUSA
(Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa)

ISBN 85-7420-621-0
9788574206219

PAULO BONAVIDES

CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

342
B699cu
15.ed.

CO PUC Minas

PAULO BONAVIDES

CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

15ª EDIÇÃO

N.Cham. 342 B699cu 15.ed.
Autor: Bonavides, Paulo,
Título: Curso de direito constitucional.
0002453132 Ac. 281841
CO PUC Minas Nº Pat.:2003

SUMÁRIO

Prefácio, 17
Prefácio à quinta edição, 23
Prefácio à sexta edição, 27
Prefácio à sétima edição, 29
Prefácio à oitava edição, 33

Capítulo 1 – O DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Do conceito de Direito Constitucional, 35 – 2. A origem, a formação e a crise do Direito Constitucional, 36 – 3. Direito Constitucional Geral, Direito Constitucional Especial e Direito Constitucional Comparado, 41 – 4. As relações do Direito Constitucional com outras Ciências, 43: A) O Direito Constitucional e o Direito Administrativo, 43; B) O Direito Constitucional e o Direito Penal, 45; C) O Direito Constitucional e o Direito Processual, 45; D) O Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, 46; E) O Direito Constitucional e o Direito Financeiro e Tributário, 46; F) O Direito Constitucional e o Direito Internacional, 47; G) O Direito Constitucional e o Direito Privado, 48; H) O Direito Constitucional e a Ciência Política, 49; I) O Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado, 50 – 5. Método de ensino, 50 – 6. As fontes do Direito Constitucional, 52 – 7. Comentários à bibliografia brasileira de Direito Constitucional, 54: A) Obras gerais de Direito Constitucional, 55; B) Obras de Teoria Geral do Estado, 56; C) A bibliografia básica sobre as Constituições brasileiras, 57; D) A bibliografia sobre temas especiais de Direito Constitucional, 63.

Capítulo 2 – A CONSTITUIÇÃO

1. A Constituição, 80 – 2. O conceito material de Constituição, 80 – 3. O conceito formal, 81 – 4. As Constituições rígidas e as Constituições flexíveis, 83 – 5. As Constituições costumeiras e as Constituições escritas, 84 – 6. As Constituições codificadas e as Constituições legais, 87 – 7. As Constituições outorgadas, as Constituições pactuadas e as

Constituições populares, 89 – 8. Constituições concisas e Constituições prolixas, 91.

Capítulo 3 – O SISTEMA CONSTITUCIONAL

1. A Constituição e o sistema constitucional, 93 – 2. A teoria material da Constituição, 100 – 3. A teoria material da Constituição e a jurisprudência da Suprema Corte americana, 102 – 4. A contribuição de Carl Schmitt à teoria material da Constituição, 103 – 5. A Escola de Zurique e a teoria material da Constituição, 105 – 6. O conceito de sistema, 107 – 7. A concepção tradicional de sistema no Direito: sistema extrínseco e sistema intrínseco, 109 – 8. A ressurreição da noção de sistema na segunda metade do século XX e as principais correntes sistêmicas da atualidade, 115 – 9. A moderna concepção de sistema jurídico: a Teoria Dialógica do Direito, 123 – 10. O sistema constitucional em face da concepção sistêmica contemporânea, 127 – 11. A concepção de sistema e a hermenêutica constitucional, 129.

Capítulo 4 – O PODER CONSTITUINTE

1. A teoria do poder constituinte, 141 – 2. O conceito *político* de poder constituinte: o poder constituinte originário, 146 – 3. O conceito *jurídico* de poder constituinte: o poder constituinte constituído, 149 – 4. A natureza do poder constituinte constituído, 151 – 5. A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania nacional, 153 – 6. A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania popular, 155 – 7. A titularidade do poder constituinte, 157 – 8. Teoria e legitimidade do poder constituinte, 159 – 9. O poder constituinte legítimo e o poder constituinte usurpado na história constitucional do Brasil, 161.

Capítulo 5 – A TEORIA FORMAL E A TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

1. O dissídio dos constitucionalistas, 170 – 2. O positivismo e a teoria formal da Constituição, 171 – 3. O antiformalismo no Direito Constitucional contemporâneo, 175 – 4. A teoria científico-espiritual da Constituição e da mudança constitucional (Smend), 178 – 5. A teoria material da Constituição no constitucionalismo suíço, 180 – 6. Os constitucionalistas da tópica, 183 – 7. A crise de juridicidade das Constituições, 184 – 8. A existência de um segundo poder constituinte originário, 186 – 9. Crise constituinte e crise constitucional, 188 – 10. As duas crises constituintes: a do *titular* (o sujeito do poder constituinte) e a do *objeto* (a Constituição), 193.

Capítulo 6 – A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

1. O poder de reforma constitucional, 196 – 2. As limitações expressas ao poder de reforma, 198: A) Limitações temporais, 199; B) Limitações circunstanciais, 200; C) Limitações materiais, 200 – 3. As limitações tácitas, 202 – 4. O processo de reforma: A) A iniciativa da reforma, 204; B) O órgão de reforma, 205; C) A adoção definitiva da reforma, 207 – 5. A via permanente de reforma na Constituição de 1988: a emenda constitucional, 207 – 6. A via extraordinária e transitória de reforma: a *revisão*, 209 – 7. O parlamentarismo e suas modalidades básicas: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista, 211 – 8. A controvérsia acerca da superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo, 212 – 9. A experiência parlamentar do Império: o pseudoparlamentarismo do Segundo Reinado, 214 – 10. A experiência parlamentar da República: o parlamentarismo dualista do Ato Adicional, 217 – 11. Crítica ao parlamentarismo do Ato Adicional, 218 – 12. O problema da Federação no sistema parlamentar, 219 – 13. Implantação e evolução do presidencialismo no Brasil, 220 – 14. O plebiscito e a reforma constitucional, 222.

Capítulo 7 – A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. Do conceito político e filosófico ao conceito jurídico das Constituições: dois séculos de crise constitucional, 225: A) O caráter político das Declarações de Direitos e dos Preâmbulos, 226; B) A segunda fase constitucional das Cartas liberais, 228; C) A crise constitucional do Estado liberal e a Constituição de Weimar, 231; D) Com a programaticidade entra porém em crise o conceito *jurídico* de Constituição, 232; E) A normatividade das Constituições do Estado social e o caráter jurídico das normas programáticas, 236 – 2. A classificação das normas constitucionais e os distintos critérios classificatórios, 237 – 3. O problema do destinatário das normas constitucionais, 239 – 4. As diversas classificações elaboradas pela doutrina, 241 – 5. As normas constitucionais programáticas, 244 – 6. As normas constitucionais imediatamente preceptivas, 250 – 7. As normas constitucionais de eficácia diferida, 251

Capítulo 8 – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. O conceito de princípio, 255 – 2. A carência de normatividade dos princípios na Velha Hermenêutica: seu caráter meramente programático, 258 – 3. O jusnaturalismo e a fase metafísica e abstrata dos princípios (o contributo de Del Vecchio a uma restauração jusnaturalista), 259 – 4. O positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos como fonte normativa subsidiária, 262 – 5. Com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito, 264 – 6. Boulanger, o mais insigne precursor da normatividade dos princípios, 266 – 7. A posição dúbia de Emilio Betti acerca da normatividade dos princípios (a crise da Velha Hermenêutica), 268 – 8. Os princípios *abertos* (Larenz e Grabitz) e os princípios *informativos* (Esser), 270 – 9. Os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios, 271 – 10. A caminhada doutrinária para a normatividade dos princípios e a contribuição de Crisafulli, 272 – 11. Princípios gerais, princípios constitucionais e disposições de princípio, 273 – 12. Os princípios fundamentam o sistema jurídico e também são normas (normas primárias), 275 – 13. O juspublicismo pós-positivista determina a hegemonia normativa dos princípios (Müller e Dworkin), 276 – 14. Os distintos critérios para estabelecer a distinção entre regras e princípios (Alexy), 277 – 15. O conflito de regras se resolve na dimensão da *validade,* a colisão de princípios na dimensão do *valor;* 279 – 16. As objeções ao conceito de princípio de Alexy, 280 – 17. A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições: a contribuição de Dworkin na idade do pós-positivismo, 281 – 18. As distintas dimensões dos princípios: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa (Trabucchi e Bobbio), 283 – 19. A conexidade da *jurisprudência dos valores ou jurisprudência dos princípios* com a *jurisprudência dos problemas* (a Tópica), 284 – 20. A jurisprudência dos princípios, enquanto *jurisprudência dos valores*, domina a idade do pós-positivismo, 285 – 21. Os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico, 286 – 22. A teoria contemporânea dos princípios: do tratamento jusprivatista dos Códigos ao tratamento juspublicístico nas Constituições, com o advento de um novo Estado de Direito, 288 – 23. Os princípios gerais de Direito e os princípios constitucionais, 289 – 24. A teoria dos princípios no Direito Constitucional brasileiro, 294.

Capítulo 9 – O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1. O controle da constitucionalidade, uma conseqüência das Constituições rígidas, 296 – 2. O controle formal, 297 – 3. O controle material,

298 – 4. O controle por um órgão político, 299 – 5. O controle por um órgão jurisdicional, 301: A) O controle por via de exceção (controle concreto), 302; B) O controle por via de ação (controle abstrato), 307 – 6. O sistema americano de controle da constitucionalidade das leis, 311 – 7. A exclusão das questões políticas tocante ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 317 – 8. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis, 325: A) A via de exceção, um controle já tradicional, 326; B) A moderna introdução da via de ação, 327; C) Controvérsia sobre a iniciativa do controle por via de ação no Direito Constitucional brasileiro, 331; D) A solução do problema pela Constituição de 1988, 332 – 9. O controle abstrato de constitucionalidade: *nulidade* e *incompatibilidade* de normas jurídicas inconstitucionais, 333.

Capítulo 10 – AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS NO SISTEMA FEDERATIVO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. A dimensão federativa conferida ao Município pela Constituição de 1988, 344 – 2. O Município brasileiro na vanguarda dos modelos autonomistas, 347 – 3. A teoria do poder municipal em face do Estado, 348 – 4. A batalha pelo *pouvoir municipal* na Europa, 350 – 5. O poder do Município, um poder pré-estatal na Constituição de 1988, 351 – 6. A teoria constitucional das garantias institucionais e a autonomia do Município, 353 – 7. A garantia institucional do *mínimo intangível* na autonomia do Município, 354 – 8. A autonomia financeira do Município e o Estado-membro, 356 – 9. A *constitucionalização administrativa* das Regiões, 357 – 10. A marcha para uma *constitucionalização política* das Regiões, 358.

Capítulo 11 – O ESTADO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. As três épocas constitucionais do Brasil, 361: A) O constitucionalismo do Império: a presença da inspiração francesa e inglesa, 362; B) O constitucionalismo da Primeira República: a adoção do modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo, 364; C) O constitucionalismo do Estado social: o advento da influência das Constituições de Weimar e Bonn, 366 – 2. É a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social?, 370 – 3. Caráter absoluto ou relativo dos direitos sociais: o problema de sua aplicabilidade, 373 – 4. A teoria dos direitos fundamentais no Estado social, 375 – 5. A importância do princípio da igualdade, 376 – 6. A interpretação constitucional do princípio da igual-

dade, 377 – 7. A crise dos direitos sociais no Brasil e a Constituição de 1988, 378 – 8. A natureza da Constituição no Estado social da democracia, 380 – 9. A Constituição de 1988 e a crise constituinte no Brasil, 381 – 10. Os principais momentos da crise constituinte no Império e na República, 384 – 11. A terceira crise do Estado constitucional: a crise de inconstitucionabilidade, 388 – 12. A crise de inconstitucionabilidade e a ingovernabilidade, 390.

Capítulo 12 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. O princípio da proporcionalidade, 392 – 2. O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios, 396 – 3. O princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional e fundamento de um novo Estado de Direito, 398 – 4. As vacilações e ambigüidades terminológicas, 402 – 5. O princípio da proporcionalidade na Alemanha, 407 – 6. O princípio da proporcionalidade na Suíça, Áustria, França, Itália e Espanha, 411 – 7. O princípio da proporcionalidade e as normas de aplicação de direitos fundamentais, 418 – 8. O Legislativo e o Judiciário em face do princípio da proporcionalidade: da constitucionalidade formal à constitucionalidade material, 420 – 9. É o princípio da proporcionalidade um princípio de interpretação?, 425 – 10. A crítica ao princípio da proporcionalidade, 428 – 11. O princípio da proporcionalidade e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, 434.

Capítulo 13 – A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1. A interpretação das normas jurídicas, 437: A) A classificação quanto às fontes, 438; B) A classificação quanto aos meios, 440; C) A classificação quanto aos resultados, 444 – 2. Os métodos clássicos de interpretação, 445: A) O método lógico-sistemático, 445; B) O método histórico-teleológico, 446; C) O método voluntarista da Teoria Pura do Direito, 447 – 3. Subjetivistas e objetivistas na teoria da interpretação, 452: A) Os subjetivistas, 452; B) Os objetivistas, 453 – 4. Avaliação dos métodos de interpretação, 456 – 5. A Constituição interpretada, 458 – 6. A *natureza política* das normas constitucionais, 459 – 7. A importância da interpretação clássica da Constituição, 464 – 8. A interpretação da Constituição na doutrina americana, 467: A) A doutrina dos poderes implícitos, 472; B) Crítica à doutrina dos poderes implícitos, 474

– 9. A moderna interpretação da Constituição, 476 – 10. O método integrativo ou científico-espiritual de interpretação da Constituição, 477 – 11. O método interpretativo de concretização, 480 – 12. Crítica aos modernos métodos de interpretação constitucional, 483.

Capítulo 14 – OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA HERMENÊUTICA

1. O método tópico de interpretação constitucional, 488 – 2. O método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição, 496 – 3. Um método concretista de inspiração tópica (a nova hermenêutica constitucional de Friedrich Müller), 498 – 4. A crítica aos métodos positivistas, 501 – 5. Perfil e crise das Constituições, 502 – 6. A Constituição referida a uma estrutura de normatividade, 504 – 7. Uma estruturação concretista do Direito e da realidade: o âmbito da norma fundamenta a normatividade, 506 – 8. A *metódica estruturante* na concretização das normas constitucionais, 507 – 9. O método concretista da *Constituição aberta*, 509: A) A interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato, 509; B) Quem são os intérpretes da Constituição na acepção lata?, 511; C) Pluralismo, racionalismo crítico e mudança constitucional na teoria da *Constituição aberta*, 513; D) A democracia na *Constituição aberta* e a crítica à nova metodologia, 515 – 10. O método de interpretação *conforme a Constituição*, 517.

Capítulo 15 – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Conceito de garantia: distinção entre direitos e garantias, 525 – 2. As garantias constitucionais, 529 – 3. O teor individualista das antigas garantias constitucionais, 530 – 4. As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos, 532 – 5. As garantias constitucionais desprovidas do conteúdo subjetivo individualista: a transição para as garantias institucionais, 534 – 6. As garantias institucionais, 536 – 7. Enfraquece as garantias institucionais a proteção dos direitos individuais?, 538 – 8. A teoria constitucional das garantias institucionais, 539 – 9. A garantia institucional protege a essência da instituição, 541 – 10. Os direitos fundamentais e as garantias institucionais, 543 – 11. As garantias constitucionais do direito objetivo e as garantias constitucionais do direito subjetivo na Constituição brasileira de 1988,

545 – 12. As garantias constitucionais *qualificadas* e as garantias constitucionais *simples*, 548 – 13. As novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição de 1988, 550 – 14. O princípio da separação de poderes, garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista, 554.

Capítulo 16 – A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Caracterização, conceito, natureza e universalidade dos direitos fundamentais, 560 – 2. Os direitos fundamentais da primeira geração, 562 – 3. Os direitos fundamentais da segunda geração, 564 – 4. A teoria objetiva dos direitos fundamentais: os valores e as garantias institucionais como abertura de caminho para a universalidade concreta desses direitos, 565 – 5. Os direitos fundamentais da terceira geração, 569 – 6. Os direitos fundamentais da quarta geração, 570 – 7. A nova universalidade dos direitos fundamentais, 573 – 8. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, 574 – 9. A teoria da crise política (crise constituinte) e os direitos fundamentais, 575 – 10. A Declaração Universal e a proteção dos direitos sociais no Brasil, 577.

Capítulo 17 – A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A interpretação dos direitos fundamentais e a Nova Hermenêutica, 579 – 2. O velho Direito Constitucional da separação de poderes e o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais: do positivismo formal em decadência ao pós-positivismo material em ascensão, 584 – 3. A necessidade de fazer eficazes os direitos fundamentais e a insuficiência da Velha Hermenêutica, 592 – 4. A teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais, 598 – 5. As teses básicas de Kirchhof acerca da interpretação dos direitos fundamentais, 601 – 6. A concretização, método específico de interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, 604 – 7. As teorias de direitos fundamentais e sua relevância interpretativa, 608: A) As classificações de Scheuner, Grabitz, Wilke, Müller e Böckenförde, 608; B) A teoria liberal dos direitos fundamentais, 613; C) A teoria institucional dos direitos fundamentais, 616; D) A teoria dos valores, 623; E) Qual a teoria que deve prevalecer?, 629 – 8. A interpretação dos direitos fundamentais segundo a Constituição de 1988: o problema hermenêutico dos direitos sociais em face da expressão "direitos e garantias individuais" do art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior, 636.

Capítulo 18 – A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O BALANÇO DAS MUDANÇAS INTRODUZIDAS

1. A reforma constitucional, 648 – 2. A reforma constitucional pela via excepcional da revisão (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), 648: A) A instalação do Congresso Revisor, 649; B) As causas determinantes do malogro da revisão, 650; C) As reformas empreendidas pelo Congresso Revisor, 652; D) A ilegitimidade da revisão, 654 – 3. A reforma pela via normal de emenda (art. 60 da Constituição Federal), 654: A) O primeiro ciclo de emendas, 656; B) O segundo ciclo de emendas, 659; C) O caráter privatista e desnacionalizador das cinco emendas já promulgadas no segundo ciclo da reforma, 660 – 4. O prosseguimento da reforma, 662 – 5. A lentidão das emendas, 663 – 6. A emenda da reeleição e outras emendas, 664 – 7. A crise da Constituição, 667

Bibliografia, 671

Apêndice – Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988, 699

Anexo – Lei n. 9.868, de 10.11.1999, 801
– Lei n. 9.882, de 3.12.1999, 805

PREFÁCIO

O *Curso de Direito Constitucional*, ora dado à estampa, segue substancialmente a mesma linha de propósitos atualizadores traçada e enunciada em nosso *Direito Constitucional*, que há doze anos saía dos prelos saudando o próximo advento da reconstitucionalização do País – consumada afinal com a Constituição de 5 de outubro de 1988 – e ao mesmo passo deplorando o descrédito em que caíra o estudo da matéria por obra da ilegitimidade do sistema de poder instaurado no Brasil pela ditadura de 1964.

Com o restabelecimento da ordem democrática, logo floresceu no âmbito dos estudos constitucionais uma literatura jurídica dotada de amplo teor de contemporaneidade – o mesmo preconizado em nosso livro – e volvida para o exame, entre outros, de graves problemas de interpretação, os quais, faz-se mister reiterar, compõem a medula de todo o Direito Constitucional. Não pode este compreender-se nem explicar-se fora de seus apertados vínculos com a hermenêutica e a ideologia do poder.

É impossível desmembrar a disciplina constitucional de suas raízes valorativas tanto quanto o é neutralizar a Constituição perante as correntes de idéias que fazem a eficácia, a vida e o significado de seus preceitos. O Direito Constitucional não habita uma esfera teórica acima dos valores existenciais; ele é a Constituição mesma na máxima amplitude enquanto forma e conteúdo.

A chave da inteligência dos textos constitucionais está pois em eleger um método volvido para a análise de toda a realidade circunjacente ao exercício do poder, a qual determina, em cada época e a cada passo, o sentido e a natureza das regras inscritas no código supremo. Daqui se infere a fundamental importância da hermenêutica constitucional, bem como a impossibilidade de versar a matéria jurídica pertinente à organização dos poderes e ao estatuto das liberdades sem arrimo numa teoria material da Constituição; para a qual, desde já, convergem as tendências mais em voga do constitucionalismo contemporâneo.

Em verdade, o Direito Constitucional tem sido historicamente o campo de batalha de inumeráveis sistemas doutrinários, servidos não raro de arraigados preconceitos de escola que tanto dificultam o avanço

científico de semelhante ramo do conhecimento. As mais célebres polêmicas feridas nesse domínio tiveram invariavelmente um cunho menos jurídico do que ideológico: primeiro, a de Jellinek com Boutmy, ao começo deste século; a seguir, a de Carl Schmitt com Kelsen, em Colônia, sobre decisionismo e normativismo; cerca de quatro décadas depois a de Forsthoff contra os constitucionalistas da tópica e da jurisprudência dos valores, aquele contestando e estes afirmando a natureza jurídica do Estado social e, por derradeiro, já em nossos dias, com prováveis e futuros reflexos sobre o Direito Constitucional, o duelo em curso de Roberto Walter, o chefe da nova geração de kelsenianos de Viena, com Gunther Winkler, um jurista dissidente, abraçado, por inteiro, à demolição do normativismo sem limites.

Radicalizar posições conduz, porém, a resultados perniciosos, ao mesmo passo que embarga o caminho a uma investigação científica do fenômeno constitucional. Kelsen não desatualizou Jellinek da mesma forma que Schmitt não destruiu Kelsen. Mas o Direito Constitucional sem Jellinek, Schmitt e Kelsen seria um regato de idéias e não a caudal de conceitos e máximas de que são afluentes as obras dos três juristas. Só os passionais empobrecem, por equívocos e preconceitos, o contributo de tão conspícuas nascentes do pensamento constitucional contemporâneo.

Por mais que os normativistas do formalismo digam o contrário ou fulminem com os raios da ortodoxia a assertiva, a obra de Kelsen também enriquece a teoria material da Constituição. Leia-se neste manual o capítulo sobre a interpretação constitucional na Teoria Pura do Direito. De uma atenta leitura, não resultará difícil enfileirar o nome do insigne jurista, pelos seus conceitos de hermenêutica, entre os grandes Mestres precursores da nova direção do constitucionalismo que se refez.[1]

1. Por ocasião do congresso dos Professores alemães de Direito Público, ocorrido em Viena nos dias 23 e 24 de abril de 1928, Kelsen mesmo já confessava, em réplica a Triepel e aos que o incriminavam de sustentar um formalismo radical, que, sem o conceito material de Constituição, não era possível resolver o problema da jurisdição constitucional, um dos temas ali debatidos.

Assim se exprimiu o célebre jurista: "Concernente ao estabelecimento de um conceito de Constituição, que forma o fundamento do problema da jurisdição constitucional, devo, a seguir, esclarecer um equívoco no qual, ao que me parece, incorreu o Sr. Triepel. Em polêmica comigo, partiu ele da suposição de que eu me baseio num conceito formal de Constituição. Minhas explanações, todavia, hão demonstrado, porventura, que eu me coloco inteiramente no terreno de um conceito material da Constituição. Aquilo que se entende por Constituição em sentido formal de maneira alguma basta para fundamentar o problema da jurisdição constitucional. Foi isto, precisamente, o que eu intentei demonstrar e a essa constatação atribuo o maior peso" ("Was nun die Bestimmung des Verfassungsbegriffes betrifft, der ja die Grundlage

Marca d'água: MINAS CONTAGEM

A mocidade acadêmica, a classe parlamentar, o meio forense e a cidadania ativa não podem ficar longe dos progressos doutrinários mais recentes do Direito Constitucional positivo. Urge, por conseguinte, colocar ao seu alcance uma obra didática que preencha eventuais lacunas de atualização, como, por exemplo, aquela pertinente à familiaridade com um princípio até certo ponto estranho, introduzido de último na esfera do Direito Constitucional, proveniente do Direito Administrativo, e que já compõe a égide do novo Estado de Direito da época do pós-positivismo.

Trata-se do princípio da proporcionalidade, consagrado em alguns Estados constitucionais da Europa como uma das colunas que dão sustentação sólida aos direitos humanos em face dos abusos do Estado.

Em rigor, ingressamos com esse princípio na idade do segundo Estado de Direito, fruto de uma revolução constitucional silenciosa, que é o pórtico de uma nova era para o constitucionalismo deste fim de século.

A carência de legitimidade do velho Estado das democracias ocidentais decretou o fim de uma teoria do Direito Constitucional precipuamente assentada numa constatação formal da vigência do princípio da separação de poderes. O antigo Estado de Direito também se preocupava mais com as liberdades individuais e a remoção da presença do Estado do que com a diminuição das desigualdades sociais. Nasceu em contrapartida o Estado social. Mas este logo fez preponderar – segundo crítica em grande parte procedente – o ângulo exclusivo das disparidades econômicas, cuja solução se buscava pela insuficiente via das cláusulas constitucionais programáticas, entendidas então como normas desprovidas de eficácia ou, quando muito, de eficácia mediata.

Sem instrumentos processuais de apoio, o Estado social se converteu em figura de retórica política. Medidas estatais excessivamente intervencionistas lhe enfraqueceram a legitimidade, fazendo-o de todo suspeito à conservação das liberdades do cidadão.

des Problems der Verfassungsgerichtsbarkeit bildet, so muss ich zunächst ein missverständnis richtig stellen, dass Herrn Triepel, wie mir scheint, unterlaufen. Er ist in der Polemik gegen mich von der Annahme ausgegangen, dass ich einen formalen Verfassungsbegriff zugrunde lege. Meine Ausführungen werden aber vielleicht gezeigt haben, dass ich auf dem Boden eines durchaus materiellen Verfassungsbegriff stehe. Das, was man unter der Verfassung im formellen Sinne versteht, reicht in keiner Weise aus, um das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit zu fundieren. Gerade das habe ich zu zeigen versucht, und auf diese Feststellung lege ich das grösste Gewicht" – Hans Kelsen, "Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand", in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDSt., Heft 5, Berlin und Leipzig, 1928, p. 117).

Mas este Estado social, sem embargo de sua frágil institucionalização, não sucumbiu aos primeiros percalços; arrastado pelas contradições entre as promessas constitucionais e o vazio normativo da realidade imperante, ele fez nascer do ventre de tais contradições, em substituição do primeiro Estado de Direito, o Estado de Direito da segunda geração, arrimado a uma hermenêutica constitucional que concretiza direitos e legitima, contra o monopólio do Estado, a ascensão e o pluralismo de novas fontes jurígenas, que têm mais que ver com a Sociedade do que com o velho aparelho estatal.

É aí que entram em cortejo triunfal as direções metodológicas de modernização do Direito Constitucional, abrindo espaço ao advento da tópica, da teoria material da Constituição, do pós-positivismo, e de todos os movimentos renovadores, empenhados doravante em fazer a lei suprema girar ao redor dos direitos fundamentais num grau em que é mais importante garantir direitos do que simplesmente enunciá-los mediante textos formais.

O primeiro Estado de Direito pertenceu à separação de poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primacialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica. Um Estado em busca de meios com que aparelhar fins.

O princípio constitucional da proporcionalidade se tornou, por conseguinte, um desses meios e veio a ser uma nova garantia da Constituição, que tanto protege o cidadão contra as demasias do poder estatal como fortalece, na apreciação do caso concreto, a função do juiz perante o legislador ordinário, sem descambar obviamente no chamado "Governo de juízes" – fantasma que acompanha a sociologia jurídica desde seu advento. Verdade é que os direitos fundamentais se converteram também na essência mesma das Constituições, sendo mais importante num certo sentido do que a própria parte organizacional da soberania, aquela que dantes parecia concentrar todo o espírito da Constituição graças ao axioma da separação de poderes.

Em contraste com o subjetivismo clássico cuja unilateralidade se acha de todo ultrapassada, os direitos fundamentais tomaram hoje uma dimensão objetiva, concretizante, axiológica e universalista cada vez mais clara e evidente. Tal dimensão já os transformou na razão de ser de todo o constitucionalismo da liberdade, o qual desce doutrinariamente das esferas abstratas até chegar às regiões concretas de sua constatação efetiva, tendo por destinatário derradeiro menos um indivíduo,

uma classe ou uma nação do que, em rigor, o gênero humano mesmo. Haja vista a esse respeito, para remover quaisquer dúvidas, o constitucionalismo que produziu os direitos da terceira geração, a saber, os do desenvolvimento e da fraternidade, dos quais damos conta no capítulo correspondente à teoria dos direitos fundamentais.

Sobre o conceito de legitimidade assenta, enfim, toda a teoria material da Constituição. De tal maneira que princípios novos, como o da proporcionalidade, configuram, conforme já assinalamos, um passo adiante em defesa do universo jurídico das liberdades humanas contra as inconstitucionalidades e exorbitâncias do poder estatal.

Em suma, o *Curso de Direito Constitucional* oferece a visão panorâmica das mais importantes conquistas doutrinárias das últimas décadas, expostas, sempre que possível, com a atenção volvida para o quadro normativo da Constituição de 5 de outubro de 1988. Vista à luz de tais conquistas, torna-se deveras fácil elucidar considerável parte da realidade constitucional do País, colocada assim ao inteiro alcance do aluno que não se contenta com a investigação superficial e meramente informativa de nossas instituições.

E, por fim, um derradeiro esclarecimento: o presente Curso incorpora, rigorosamente atualizado, o texto do nosso antigo "Direito Constitucional", cuja última edição – a terceira – foi estampada em 1988, pouco antes da promulgação da Constituição vigente.

PAULO BONAVIDES

PREFÁCIO À QUINTA EDIÇÃO

Excedeu as expectativas do Autor a acolhida que o público proporcionou a este *Curso de Direito Constitucional*, agora em 5ª edição, consideravelmente ampliado com a introdução de um novo capítulo, de extrema relevância teórica, e sem dúvida fundamental para a inteligência dos rumos que o Estado de Direito contemporâneo há tomado em seu afã de consolidar compromissos básicos com a democracia e a liberdade.

Acrescentamos à investigação doutrinária dessa espécie de Estado o estudo da importância que os princípios gerais de Direito assumem, desde o advento da teoria material da Constituição, sobretudo a partir da reformulação teórica a que foram submetidos como princípios constitucionais na dupla dimensão de normatividade e constitucionalidade. Essa dimensão lhes confere preeminência incontrastável no seio da ordem jurídica e sua respectiva hierarquia. A teoria material da Constituição se acha irresistivelmente vocacionada a executar e aplicar na época do pós-positivismo os valores igualitários da Justiça, sem os quais a Sociedade se desloca do centro de gravitação de sua legitimidade para a esfera das incompreensões e ambigüidades ocasionadas por uma doutrina exageradamente formalista, que durante largo tempo dominou quase todas as esferas do Direito.

O positivismo dessa doutrina consagrava, por inteiro, a onipotência legalista do Estado, bem perto, assim, de produzir, pela indiferença aos valores, a versão de um neo-absolutismo fadado a corroer e sacrificar, por via de conseqüência, as bases de sua própria legitimação. Semelhantes bases, todavia, uma vez perdidas, como já aconteceu – e foi o caso da categoria positivista do Estado totalitário – somente se restauram com a teoria material e substantiva da Constituição.

Fonte conciliadora e removedora de discrepâncias que embargavam o reconhecimento teórico da positividade dos princípios, essa teoria, sobre constitucionalizar tais princípios – e os melhores textos constitucionais contemporâneos já os têm constitucionalizado com a energia de sua inserção formal – instaura, em definitivo, queremos crer, um Estado principialista.

Esse Estado funda-se teoricamente sobre a jurisprudência dos valores, e a ele, sem dúvida, pertence o futuro de todos os ordenamentos

constitucionais que se empenharem numa caminhada sem retrocesso, cujo objetivo seja, acima de tudo, o primado da Justiça em todas as relações sociais que o Direito, mediante a Lei das Leis, é chamado a disciplinar.

Em verdade, os cognominados princípios gerais de Direito residem na Constituição, explícitos ou implícitos. Mas isto desde que a Constituição seja a de um Estado principialista, fundado na positividade dos valores da justiça, da razão, da liberdade, da igualdade e da democracia, com os quais os princípios mesmos da ordem jurídica fundamental se identificam, graças a uma versão contemporânea mais refinada e aperfeiçoada de Estado de Direito.

A sobredita assertiva poderá abrandar a controvérsia doutrinária acerca dos princípios, apontando para uma posição terciária de compreensão ou direção metodológica, sem compromisso ostensivo já com as inspirações do jusnaturalismo, já com as do positivismo legalista ou estadualista. Admitida essa posição, cabe assinalar que ela tem pelo menos a vantagem de inculcar harmonia e remover problemas e dificuldades de ordem teórica, colocando-nos à distância daquele debate tradicional, ao nosso ver arcaico, entre posições clássicas da Ciência Jurídica – as do jusnaturalismo e do positivismo – que arrastavam, praticamente insolúvel, até a nossa época, o problema dos princípios.

Pouco importa haja da parte da crítica adversa quem qualifique essa posição nova, de último tão influente, se não preponderante na doutrina jurídica de nossos dias, de neopositivista, e assinale, desse modo, a possível conotação de positivismo, que se prende a um ingresso total dos princípios gerais na Constituição, de que, aliás, deriva sua necessária e eficaz equivalência aos princípios constitucionais.

A constitucionalização dos princípios – axioma juspublicístico de nosso tempo – faz líquida e inquestionável a sua dimensão normativa, retirando-os da penumbra jusprivatista dos Códigos, onde na escala normativa estiveram inferiorizados durante mais de um século, como elementos supletivos e subsidiários, úteis tão-somente ao preenchimento de lacunas legais, para, a partir daí, numa revolução conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados doravante em ponto culminante da hierarquia normativa.

Em verdade, não foi aquele inculcado neopositivismo o constitucionalizador dos princípios, mas, do ponto de vista doutrinário, o pós-positivismo, que, operando esse salto normativo e qualitativo, exprimiu

com todo o vigor suas posições abertas e inovadoras. Estas, uma vez consagradas, decretavam, obviamente, a superação tanto do velho positivismo como do jusnaturalismo renascente, ou seja, aquele do "eterno retorno" ou do "cadáver insepulto", de que tanto zombavam os corifeus do legalismo positivista mais ferrenho.

Enfim, estamos persuadidos de que o nosso compêndio de Direito Constitucional prossegue sua trilha atualizadora, decisivamente traçada já na edição anterior, e agora alargada com a introdução de um Capítulo sobre os princípios constitucionais. Outra coisa não são estes, em seu fundamento teórico, senão os princípios gerais de Direito restituídos à sua dimensão intrínseca de valores superiores proclamados pela melhor doutrina; aquela que o positivismo legalista clássico jamais reconheceu, por preferir outorgar aos princípios, na codificação dos sistemas jurídicos, positividade meramente subsidiária (*post-legem* ou *post-consuetudinem*), não havendo, assim, lugar para eles fora da seqüência auxiliar das fontes jurídicas especificadas e convocadas ao preenchimento das lacunas da lei.

A constitucionalização dos princípios, em termos de normatividade, funda o Estado *principialista*. É mais um postulado da teoria material da Constituição que triunfa com a idade do pós-positivismo. Fora dessa doutrina, em nosso entender, não é possível compreender as Constituições, muito menos as interpenetrações sociojurídicas elucidativas de sua normatividade. Salvo se as Cartas Magnas pudessem girar nas esferas abstratas e purificadas de um firmamento social e político, que não é, todavia, o da nossa condição humana.

PAULO BONAVIDES

PREFÁCIO À SEXTA EDIÇÃO

Tem sido um dos objetivos deste compêndio manter o leitor, tanto quanto possível, atualizado com as principais correntes doutrinárias que, de último, contribuem, com extrema fecundidade, para o alargamento do campo do Direito Constitucional.

Nenhuma província do conhecimento jurídico assumiu dimensão tão vasta quanto a desse ramo do Direito que faz gravitar em sua órbita todo o Direito Privado.

Sem o Direito Constitucional associado à Ciência Política, sem a Nova Hermenêutica, sem a teoria *objetiva* e *principia* dos direitos fundamentais, sem as escolas de pensamento que vão surgindo nas esferas desse Direito, fica deveras difícil, se não impossível, compreender e explicar as transformações de alcance conceitual que renovam os seus institutos, presidem as novas relações dos Poderes, afetam a soberania, entrelaçam mais e mais o Direito Constitucional com o Direito Internacional e, sobretudo, impulsionam a formação sucessiva de distintas camadas, dimensões ou gerações de direitos fundamentais.

Tais direitos já sobem, na escala temporal, com o advento da globalização, ora em curso, aos da quarta geração – democracia, informação e pluralismo –, dos quais esta edição se ocupa com amplitude no capítulo correspondente a este tema.

Outros acréscimos de conteúdo, incorporados ao livro, versam sobre a matéria da reforma constitucional, que abrange duas fases capitais: uma já consumada, feita pela via excepcional da revisão, com base no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apresentando resultados mui aquém das expectativas gerais; outra, pela via normal da Emenda, consoante o rito previsto no art. 60 da Constituição, e que, desdobrada em dois ciclos, um dos quais já expirou, ainda prossegue debaixo de um incandescente debate nacional de opinião.

Com efeito, não seria de esperar o contrário da parte da sociedade, porquanto assumem as reformas um peso e profundidade que, para fazê-las de todo legítimas, nos parece fraca e inaceitável sua sustentação no mandato constituinte dos reformadores, cumprindo talvez con-

ferir-lhes mais densidade democrática, mediante uma legitimação a ser extraída da aplicação dos mecanismos plebiscitários da Constituição mesma, de sua parte adormecida, em que jazem o *referendum*, o plebiscito e a iniciativa popular.

Nas reformas em curso, onde tanto se faz menção de desconstitucionalizar o Estado, a Nação joga o seu futuro, o povo as suas liberdades, a cidadania o seu destino, como nunca aconteceu em nenhuma das nossas Constituintes do passado. É responsabilidade demais para recair sobre os ombros de um poder constituído, como é o poder de reforma constitucional.

As deliberações de um órgão de titularidade constituinte inferior provavelmente vão afetar as gerações vindouras, sendo imperativo da consciência nacional submetê-las, por dever de legitimidade, repetimos, ao titular derradeiro da soberania, que é o povo nas urnas.

Com o propósito de facilitar ao aluno empenhado na leitura do capítulo acerca das reformas constitucionais o acesso direto e imediato ao Direito Constitucional Positivo que rege o nosso ordenamento, anexamos a este livro o texto da Constituição Federal, acompanhado de todas as Emendas já promulgadas.

PAULO BONAVIDES

PREFÁCIO À SÉTIMA EDIÇÃO

Com a presente edição, este *Curso de Direito Constitucional* adquire feição definitiva, de conteúdo doutrinário, mediante o acréscimo de um Capítulo acerca da interpretação dos direitos fundamentais, tema cuja importância avulta, de último, na teoria contemporânea das Constituições.

Não é possível mergulhar a fundo nos problemas constitucionais deixando de lado a hermenêutica dos direitos fundamentais e da Constituição, veículo insubstituível de acesso à solução desses problemas.

Com a profusão, o alargamento e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais colocados numa dimensão nova de objetividade – *status positivus* –, rompeu-se a unilateralidade subjetiva do *status negativus*, dominante durante toda a idade do liberalismo.

A questão suprema de uma sociedade confessadamente constitucional continua sendo a mesma da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que os franceses incorporaram como Preâmbulo à sua Constituição de 3 de setembro de 1791: a de garantia dos direitos acrescida da separação de poderes. ("Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs determinée, n'a pas de Constitution").

Ontem, os cultores do constitucionalismo se preocupavam com o Estado e sua organização; hoje, com a Sociedade e os seus direitos.

Sendo aquela garantia parte essencial do conceito de constitucionalidade, elaborado em fins do século XVIII, ela se completa com o princípio da separação de poderes. Em nosso século, quer dizer, em nossos dias, referida garantia guarda, porém, a mesma atualidade, depois de se tornar muito mais difícil de alcançar ou concretizar-se, em razão das dimensões inéditas que os direitos do homem derradeiramente assumiram debaixo da feição de "direitos fundamentais".

Corroborando o declínio definitivo do Estado liberal, são eles os direitos da liberdade enquanto expressão conjugada, sucessiva e cumulativa de quatro distintas gerações ou dimensões.

Com efeito, contemplando os direitos da primeira geração – os chamados direitos individuais de oposição ao Estado –, que os publicistas

conservadores e reacionários insistem em considerar os únicos genuinamente fundamentais, a *garantia* dos direitos só favorecia ali, pelo ângulo material, uma pequena parcela da sociedade, embora pelo aspecto formal alargasse consideravelmente seu raio de abrangência efetiva, logrando e proporcionando um elevado grau de positividade na proteção da cidadania diante do Estado e suas ofensas e agressões às liberdades do *status negativus*.

É de assinalar, ao mesmo passo, que a antiga *garantia* estabelecera, de maneira eficaz, para a proteção daqueles direitos, um feixe de mecanismos e normas processuais que até hoje nos ordenamentos jurídicos são a herança constitucional do "terceiro estado", ou seja, da burguesia governante.

Transitando, porém, para os direitos do *status positivus*, verificamos estar em presença de direitos cuja vastidão de conteúdo, proteção e amplitude funcional repercutem de modo extraordinário sobre o papel do Estado e fazem mudar igualmente o semblante das relações sociais. Isto grandemente por exigência de prestações estatais desconhecidas aos direitos da primeira geração impetradas num espaço que envolve todas as classes. Para tais prestações, o aparelho público detém um poder de resposta insuficiente, à míngua de recursos e disponibilidades materiais. Fica, assim, patente a crise de *garantia* desses direitos, a saber, direitos de três gerações subseqüentes à primeira, dos quais os mais sacrificados têm sido os direitos sociais, em virtude dos retrocessos havidos por derradeiro e configurativos de toda uma tragédia que ameaça desabar sobre o Estado social contemporâneo.

A dificuldade em afiançá-los fez extremamente atual a averiguação do velho axioma dos constituintes franceses de 1791, de que uma sociedade sem a garantia dos direitos – e esta garantia continua faltando entre nós respeitante a certos direitos fundamentais de suma relevância – não tem Constituição.

É, portanto, a crise constituinte que açoita o Brasil, desfigurando-lhe a fisionomia política e social. Crise das estruturas e das instituições, em transcurso tanto na esfera do Estado como da Sociedade; crise que abala os fundamentos do nosso Estado social em gestação, e, caso não seja logo debelada, nos fará perder a identidade nacional debaixo das pressões de um neoliberalismo sem rumos e de uma globalização sem limites.

É de lastimar que se enfraqueça assim o Estado e se aprofunde em matéria constitucional a desorientação dos espíritos.

Numa ambiência internacional de governo, onde as prioridades sociais de vocação justicialista foram preteridas e se preconiza já abertamente a extinção das fronteiras que separam os povos pertencentes ao Segundo e Terceiro Mundos, pela necessidade de reduzi-los a massas informes de consumidores da economia de mercado, regida unicamente por interesses especulativos de um neocapitalismo primitivo e arrogante, nessa ambiência, repetimos, a filosofia política da globalização, arruinando a soberania e a Constituição, há de arruinar também o Estado nacional.

Todas essas reflexões levantam, por igual, o problema de um gênero de inconstitucionalidade material versado no sobredito capítulo pertinente à hermenêutica dos direitos fundamentais. Trata-se de tema extraído da *praxis* e digno de profundos estudos na linha de seu desenvolvimento teórico, para fazer mais compreensiva a realidade subjacente às regras formais da Constituição. Conceito novo, surge ele, a nosso ver, com a doutrina de um constitucionalismo da Sociedade aberta, sensível à temática dos direitos fundamentais.

Em rigor, estamos em presença de uma inconstitucionalidade proveniente das omissões governativas que perpetuam a Sociedade injusta dos privilégios de renda e poder.

Será de capital importância, pois, para o domínio dos fenômenos políticos e constitucionais de nossa época a utilização da metodologia interpretativa da Nova Hermenêutica, ou seja, da teoria material da Constituição.

A saída da crise constituinte e a implantação de um Estado social de Direito dependem do coroamento da legitimidade da democracia enquanto direito da quarta geração, passando, de necessidade, pelo meridiano dos direitos fundamentais e de sua hermenêutica de concretização. É este o caminho para o País emergir das dificuldades que ora desestabilizam o regime constitucional, mergulhado no escândalo de uma ditadura dissimulada – a ditadura civil e executiva das medidas provisórias, que destrói, desde os tecidos, a segunda face da *garantia* de constitucionalidade do sistema, a saber, aquela que entende com a separação de poderes, esculpida na máxima inquebrantável do número 16 da Declaração francesa.

Em suma, reiteramos, não há Constituição sem *garantia* efetiva dos direitos fundamentais, no sentido almejado e gravado, de maneira irretocável e lapidar, pelos patriarcas do constitucionalismo ocidental.

A verdade abstrata do século XVIII tocante aos direitos humanos será, por conseguinte, a verdade concreta do século XXI se a ciência das Constituições sobreviver às impugnações neoliberais, embargando a

dissolução do Estado social, conservando a projeção de universalidade dos direitos fundamentais como direitos do gênero humano e fazendo dos instrumentos de consulta plebiscitária o futuro da Constituição e o penhor da legitimidade democrática.

PAULO BONAVIDES

PREFÁCIO À OITAVA EDIÇÃO

As linhas estruturais desta obra se completaram na edição antecedente com a inserção de um capítulo acerca dos direitos fundamentais, tema que se nos afigura de capital importância para a correta inteligência dos fenômenos constitucionais de nossa época.

Os globalizadores contemporâneos, abraçados à tarefa de minar as bases do Estado social, arruinam as franquias da igualdade e da liberdade, ao mesmo passo que embargam a concretização das quatro dimensões dos direitos fundamentais respeitante à dilatação das fronteiras de sua normatividade. Não trepidam em debilitar os conceitos de nação, Estado e soberania e, de último, já ameaçam potencialmente dissolver também o de direito constitucional, seguindo a linha internacionalizante de um cosmopolitismo jurídico sem limites.

Querem assim transubstanciar a crise da Constituição em crise do Direito Constitucional, algo do ponto de vista de concretude histórica incomparavelmente atroz para a salvaguarda da liberdade e o futuro dos direitos humanos, no concerto de instituições cada vez mais desfalcadas de conteúdo democrático e açoitadas dos ventos da instabilidade que varrem os mercados da economia capitalista e derrubam Estados no cenário internacional, como se fossem castelos de areia e não organismos de corpo e alma por onde perpassa a dignidade dos direitos da terceira geração.

Quando o gênero humano se supunha já a um passo dos direitos de quarta dimensão, entre os quais se insere a democracia, eis que a torrente neoliberal, despontando no horizonte político deste fim de milênio, coloca em grave risco todas as dimensões da liberdade, formuladas, desde o *status negativus* ao *status positivus*, pelo contrato social, e que tanto marcaram as lutas constitucionais do século. Tudo com o intento indissimulável de fundar um novo poder feudal e inaugurar uma nova idade média. Carregando nas tintas negras da imagem de Michelet, poder-se-ia dizer uma idade média de vinte séculos. De noite tão longa, porém, a humanidade jamais se levantaria para a luz e a ressurreição.

Tocante às transformações de ordem constitucional havidas no ordenamento brasileiro, esta edição acrescenta um tópico ao Capítulo 18,

onde se faz o balanço das mais recentes variações no texto da Constituição, referindo ao mesmo passo dois projetos de emenda em tramitação no Congresso Nacional, os quais de certo modo comprometem a integridade do sistema representativo vigente.

Trata-se de uma traiçoeira fórmula de desmoralização do Estatuto Fundamental, já em fase executiva. Combina medidas provisórias, plebiscitos e miniconstituintes – o triângulo da exceção, constitutivo de um espaço político no qual se movem correntes empenhadas em liquidar a democracia, o Estado social e os direitos fundamentais.

O grau de aceitação deste compêndio no meio acadêmico é deveras ilustrativo do interesse do estudante em descer às raízes teóricas que fundamentam as instituições representativas da democracia constitucional.

Não é possível desmembrar o estudo do direito positivo de uma análise profunda às bases doutrinárias que lhe determinam o sentido, o conteúdo e o alcance. Nomeadamente em se tratando do Direito Constitucional, estuário de valores e princípios, os quais, por serem, pelo ângulo normativo, os mais altos na hierarquia do ordenamento jurídico do País, são, do mesmo passo, a chave de todas as soluções de legalidade e legitimidade.

PAULO BONAVIDES

Capítulo 1

O DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Do conceito de Direito Constitucional. 2. A origem, a formação e a crise do Direito Constitucional. 3. Direito Constitucional Geral, Direito Constitucional Especial e Direito Constitucional Comparado. 4. As relações do Direito Constitucional com outras Ciências: A) O Direito Constitucional e o Direito Administrativo; B) O Direito Constitucional e o Direito Penal; C) O Direito Constitucional e o Direito Processual; D) O Direito Constitucional e o Direito do Trabalho; E) O Direito Constitucional e o Direito Financeiro e Tributário; F) O Direito Constitucional e o Direito Internacional; G) O Direito Constitucional e o Direito Privado; H) O Direito Constitucional e a Ciência Política; I) O Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado. 5. Método de ensino. 6. As fontes do Direito Constitucional. 7. Comentários à bibliografia brasileira de Direito Constitucional: A) Obras gerais de Direito Constitucional; B) Obras de Teoria Geral do Estado; C) A bibliografia básica sobre as Constituições brasileiras; D) A bibliografia sobre temas especiais de Direito Constitucional.

1. Do conceito de Direito Constitucional

Publicistas acorrentados a uma velha imagem de Pellegrini-Rossi costumam ver no Direito Constitucional o tronco do qual derivam todos os ramos do Direito Positivo (Pergolesi e Santi Romano).

Sem o estudo da matéria constitucional ficaria o Direito Público ininteligível, tanto quanto o Direito Privado sem o Direito Civil. Não vai, assim, exagero quando se diz que o alargamento, em cada esfera da vida social, do âmbito de ação do Estado acarreta considerável aumento da importância do Direito Constitucional nos estudos jurídicos.

Em relação a toda a Ciência do Direito, toma ele o lugar de hegemonia que ontem coube ao Direito Civil. O Direito Constitucional da sociedade de massas e do Estado intervencionista do século XX cada vez mais se aparta da teoria pura do Direito e se acerca da Ciência Política.

No seu conceito clássico, de inspiração liberal, o Direito Constitucional tem basicamente por objeto determinar "a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais" (Esmein).

Entendendo que "o Direito Constitucional pode, em resumo, definir-se como o ordenamento supremo do Estado", Santi Romano postula, do ponto de vista material, a equivalência dos termos Constituição e Direito Constitucional.[1] Igual concepção sustentou Maurice Duverger ao definir o Direito Constitucional pela natureza das instituições, ou seja, como "aquele que estuda a organização geral do Estado, seu regime político e sua estrutura governamental".[2]

A natureza política caracterizadora do Direito Constitucional reaparece também em Videl e Prélot. Concebe este último o Direito Constitucional como "a ciência das regras jurídicas, segundo as quais se estabelece, transmite e exerce a autoridade pública".[3]

Em suma, o estabelecimento de poderes supremos, a distribuição da competência, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das garantias individuais e sociais são o objeto do Direito Constitucional contemporâneo. Revela-se este mais pelo conteúdo das regras jurídicas – a saber, pelo aspecto material – do que por efeito de aspectos ou considerações formais, dominantes historicamente, conforme veremos, no constitucionalismo do Estado liberal, ponto de partida que foi para a sistematização dessa importantíssima disciplina do conhecimento jurídico.

2. *A origem, a formação e a crise do Direito Constitucional*

A origem da expressão Direito Constitucional, consagrada há cerca de um século, prende-se ao triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado moderno. Impuseram-se tais princípios desde a Revolução Francesa, entrando a inspirar as formas políticas do chamado Estado liberal, Estado de direito ou Estado constitucional.

Consubstanciava-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos.

O poder, segundo o constitucionalismo liberal, deveria mover-se, por conseguinte, em órbita específica, a ser traçada pela Constituição. Com o emprego do instrumento constitucional, aquela concepção restritiva da competência dos órgãos estatais se fez dominante. Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a idéia-força de sua legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal.

1. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2ª ed., p. 2.
2. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, pp. 4 e 5.
3. Marcel Prélot, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., p. 19.

O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a *sua* Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal.

Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão-somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes. Assim perdurou até que a crise social do século XX escrevesse as novas Declarações de Direitos, invalidando o substrato material individualista daquelas Constituições, já de todo ultrapassado.

A noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece, no entanto, constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal. Em outras palavras: o princípio das Constituições sobreviveu no momento em que foi possível discernir e separar na Constituição o elemento material de conteúdo (o núcleo da ideologia liberal) do elemento formal das garantias (o núcleo de um Estado de direito). Este, sim, pertence à razão universal, traz a perenidade a que aspiram as liberdades humanas. O neoliberalismo do século XX o preserva nas Constituições democráticas do nosso tempo, porquanto, se o não acolhesse, jamais poderia com elas exprimir a fórmula eficaz de um Estado de direito.

A França, durante a expansão napoleônica, comunicara à Itália os princípios da Revolução. Eram os princípios de uma sociedade política fundada sobre o contrato social, de uma ordem jurídica apoiada na razão humana, de um Estado que se curvava à liberdade individual. Cunhou-se, portanto, ao norte da Península, batido pelas invasões francesas, o termo *diritto costituzionale*, filho de idéias francesas, criação dileta das ideologias antiabsolutistas.

Lecionado em universidades italianas, como Ferrara, Pavia e Bolonha, o Direito Constitucional passou à França, depois de 1830, quando

ali se institucionalizou em definitivo a ordem revolucionária da sociedade burguesa, fato ocorrido, segundo tudo indica, sob a monarquia liberal de Luís Felipe.

Guizot, ministro da Instrução Pública, determinou, em 1834, na Faculdade de Direito de Paris, a instalação da primeira cadeira de Direito Constitucional. Cometeu-a a um Professor italiano, Pelegrino Rossi, de Bolonha, especialista na matéria. De França – onde a expressão "constitucional" chegou ao *Dicionário da Academia*, um ano após a iniciativa de Guizot – o Direito Constitucional se trasladou a outros países, tornando-se de uso corrente no vocabulário político e jurídico dos últimos cem anos, período em que passou a designar o estudo sistemático das regras constitucionais.

Verifica-se, porém, que, ao instituir aquele ensino, Guizot tinha, seguramente, estabelecido já o método e o conteúdo da disciplina recém-criada, concentrando-a ao redor de um texto – a Constituição – e de uma filosofia política – o liberalismo.

Assim como o Direito Privado ganhara com a Revolução o Código de Napoleão, o Direito Público, graças a Guizot, ganhara com a Constituição aquele que, de futuro, seria o mais importante ramo da Ciência Jurídica: o Direito Constitucional, de características doutrinárias definidas. Um Direito Constitucional que aspirava a dar ao Estado as bases permanentes de sua organização, segundo as correntes do pensamento jurídico, individualista e liberal, tomado então por definitivo, absoluto, eterno, imutável.

Em virtude dessa origem histórica, sustentou-se, durante largo tempo, do ponto de vista doutrinário, que o Direito Constitucional e a Constituição eram distintos. E o eram, precisamente, por admitir-se, em coerência com a doutrina recém-exposta, a existência de Estados "sem Constituição", ou apenas com uma "Constituição de fato", nos quais não haveria lugar para o Direito Constitucional. Países dotados, pois, de Constituição de fato eram países sem Direito Constitucional, segundo o entendimento que prevaleceu, durante a primeira metade do século XIX, entre as noções liberais da Europa continental.

Cumpria, por conseguinte, distinguir, de acordo com as correntes do pensamento liberal-burguês, duas modalidades de Constituição: uma verdadeira, legítima, "jurídica", e outra meramente "sociológica" ou fática, reprovada pela consciência jurídica, e que caracterizaria os Estados absolutistas e despóticos.

A primeira, Guizot, quando entregou a Rossi a cátedra de Paris, se propunha a fazer lecionar, ao passo que a segunda tinha ele em mente

combater. Com a primeira se definiam os Estados constitucionais; com a segunda, os Estados de força.

Gerou-se, pois, doutrinariamente, em conseqüência dessa dicotomia, a pretensão a um constitucionalismo legítimo, dogma que serviu durante o século XIX de base à edificação e manutenção de sistemas políticos em que a observância da liberdade individual, traçando limites ao poder do Estado, constituía a nota decisiva do chamado Estado de direito.

Tão forte se manifestou esse sentimento confinador do poder do Estado através de uma Constituição que, ao lavrarem o primeiro documento constitucional produzido pela Revolução Francesa, seus autores inseriram no art. 16 a disposição de que "toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição".

O Direito Constitucional era, então, o direito da Constituição, direito dos "povos livres", referido a determinado texto, ou seja, a um conjunto de instituições, regidas pela "forma representativa", sob a inspiração do liberalismo, daquela doutrina que diminuía ou confinava os poderes do Estado.

Tendo, historicamente, por base a filosofia jurídica do regime liberal, o Direito Constitucional acompanhou a crise do velho Estado burguês, até tomar nova configuração conceitual, mais *jurídica* do que *filosófica*, com a neutralização, para o estudioso ou pesquisador, dos valores aderentes às instituições, objeto daquela disciplina; valores, por conseguinte, já de nenhuma interferência na caracterização da Constituição ou do Direito Constitucional. Esse Direito Constitucional professadamente *científico* ou *apolítico*, o Estado liberal só o conheceu depois que seus juristas haviam, com máxima tranqüilidade, cimentado um Estado de direito fora de todas as contestações contra-revolucionárias do absolutismo.

O período seguinte teve um desdobramento constitucional cuja corrente a doutrina liberal não logrou interromper. A Constituição, que já deixara de assimilar-se genérica e exclusivamente a uma certa forma de organização política – a do liberalismo individualista e sua ideologia – passou, doravante, numa acepção mais larga e precisa, a representar o espelho real de toda e qualquer organização política.

Pôde, assim, se converter, segundo a observação aguda de Burdeau, naquele "canal por onde o Poder passa de seu titular, o Estado, para seus agentes de exercício – os governantes".

Ampliou-se e até certo ponto neutralizou-se, conseqüentemente, o sentido do conteúdo constitucional, desatado, a seguir, de quaisquer considerações doutrinárias ou ideológicas.

As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importa o regime político nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, a matéria do Direito Constitucional. De modo que todo Estado ou toda sociedade politicamente organizada possui, como já assinalava Lassalle, uma Constituição ou um Direito Constitucional.

Aquela acepção de fundo racionalista e normativista, decorrente, historicamente, do domínio político da classe burguesa ao colher os primeiros frutos de sua vitória sobre os Estados da monarquia absoluta e sua respectiva organização de poder, cedeu lugar, hoje, a uma concepção mais ampla e verdadeira, muito menos tímida, aliás, aquela em que o Direito Constitucional é, conjuntamente, "técnica do poder" e "técnica da liberdade"; um Direito Constitucional político, sem ser, porém, contra ou a favor das instituições que abrange ou encerra.[4]

Enfim, para chegar a esse conceito, teve ele, primeiro, que refletir, conforme vimos, o ocaso do constitucionalismo, com a queda de um sistema de valores e a decomposição de uma doutrina arraigadamente individualista. Não foi de emergência fácil e suave, porquanto veio no torvelinho de uma crise, que hoje açoita principalmente o ordenamento jurídico dos países constitucionais em desenvolvimento.

Ainda agora a crise das Constituições continua sendo nesses países a crise da substituição, cada vez mais acentuada, do modelo impossível de uma espécie de constitucionalismo *jurídico* por outro de constitucionalismo *político*. O constitucionalismo do Estado de direito (bem entendido: o Estado de direito da sociedade liberal) cede lugar ao constitucionalismo político e social. Um constitucionalismo, não raro, amputador da ordem jurídica nas garantias fundamentais do cidadão, em proveito daquela segurança que a razão de Estado comanda, legisla e impõe, fazendo, todavia, inseguros, em termos de auferição de direitos, o cidadão e a sociedade.

Emerge, assim, das ideologias, dos fatos, da pressão irresistível das necessidades sociais, aquele constitucionalismo marcadamente político e social, com o qual já nos familiarizamos. É de natureza instável, dúctil e flexível, ao impetrar para todas as esferas de convivência a presença normativa do Estado, como presença governante, rápida, dinâmica, solucionadora de conflitos ou exigências coletivas.

É de observar, todavia, que não haverá lugar para a liberdade e a segurança dos cidadãos no constitucionalismo social e suas instituições

4. Marcel Prélot, ob. cit., pp. 16 e 17.

políticas se este não se reconverter num constitucionalismo *jurídico*, que tenha já absorvido e assimilado todas as transformações sociais, oriundas do angustiante processo de mudança e reacomodação do homem a uma sociedade tecnicamente revolucionada, desde os alicerces, pelos progressos da Ciência, sobre a qual o homem parece haver perdido a jurisdição dos fins.

O Direito Constitucional deixa de ser, portanto, o que fora no século XIX: na doutrina, uma filosofia do Direito; na prática, uma espécie de direito público do liberalismo.

Ao termo de suas mais recentes transformações, alcançou ele o grau de autêntica Ciência Jurídica: a ciência das normas e instituições básicas de toda e qualquer modalidade de ordenamento político.

Podemos, enfim, concluir, com Prélot, que "o termo *direito constitucional*, sem epíteto nem determinativo, corresponde logicamente a qualquer conjunto de normas que venham a governar uma coletividade humana".[5]

3. *Direito Constitucional Geral, Direito Constitucional Especial e Direito Constitucional Comparado*

Abrange o Direito Constitucional várias Ciências Jurídicas que, ao lado de outras não jurídicas, como a Ciência Política, compõem o elenco de matérias que se ocupam do ordenamento constitucional do Estado. Essas Ciências Jurídicas, integrantes do Direito Constitucional em sua máxima amplitude, são: o Direito Constitucional Especial, o Direito Constitucional Comparado e o Direito Constitucional Geral.

Direito Constitucional Especial – O Direito Constitucional Especial trata do Direito de um determinado Estado; a saber, da organização e funcionamento dos poderes constitucionais. É disciplina de caráter jurisprudencial, pertence ao Direito Positivo, e tem por objeto a análise de uma Constituição, nacional ou estrangeira, exposta e interpretada de forma dogmática e com fins programáticos.

"É ciência, como se costuma dizer, prática, que consiste na averiguação, desenvolvimento, coordenação e sistematização de conceitos, princípios, normas e institutos inteiros que, embora abstratos, são sempre 'positivos', na medida em que se acham efetivamente contidos numa determinada Constituição estatal, e devam, em última análise, servir à

5. Ob. cit., pp. 8 e 9.

exata interpretação e aplicação das normas referidas a casos concretos para os quais o ordenamento do Estado tem eficácia."[6]

Direito Constitucional Comparado – Quanto ao Direito Constitucional Comparado, "ao contrário do particular, tem por objeto não uma só Constituição, mas uma pluralidade de Constituições" (Santi Romano). Resulta, assim, do cotejo de normas constitucionais de diferentes Estados, mediante critérios variáveis.

Um desses critérios consiste em confrontar no tempo as Constituições de um mesmo Estado, observando-se em épocas distintas da evolução constitucional a semelhança e discrepância das instituições que o Direito Positivo haja conhecido.

Outro critério de adoção cabível é o da comparação do Direito no espaço, com análise às Constituições de vários Estados, vinculados estes, de preferência, a áreas geográficas contíguas.

A mesma forma de Estado pode igualmente servir de critério comparativo.

De todas essas maneiras de fazer Direito Constitucional Comparado, a melhor, segundo Prélot, seria a primeira, cuja superioridade decorre de "haver ali uma única variante: o tempo, projetado sobre um mesmo solo, um mesmo povo, uma mesma tradição nacional".[7] O segundo critério, que consente, em matéria constitucional, comparar o Direito nacional com o Direito estrangeiro, tem tido, porém, mais larga aplicação.

O Direito Constitucional Comparado, segundo Santi Romano, não entra no quadro das Ciências jurisprudenciais, dogmáticas, normativas, mas no campo das Ciências descritivas, sendo primeiro um método do que, em rigor, uma Ciência. Constitui principalmente forma de conhecimento propedêutico ou conjunto auxiliar de subsídios, cuja valia para o Direito Constitucional Geral é sempre de ressaltar.

Direito Constitucional Geral – O Direito Constitucional Comparado tem por escopo o exame das regras constitucionais de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos. Daqui extrai ele, com referência ao poder, e independente das contingências de tempo e lugar, uma série de princípios, indagações, conceitos e categorias que, unificados teoricamente, poderão compor uma teoria geral de caráter científico.

6. Santi Romano, ob. cit., p. 23.
7. Ob. cit., p. 23.

Ponto de convergência de vários ramos da Ciência constitucional, o Direito Constitucional Geral tem visto o seu estudo repartido entre posições dominantemente filosóficas e posições preponderantemente jurídicas. Há os que entendem haver ali uma filosofia do Direito e outros que vêem no Direito Constitucional Geral a "parte fundamental" da teoria geral do Direito Positivo ou, de modo mais preciso, a "teoria geral do Direito Constitucional" (Santi Romano).

O Direito Constitucional Especial, o Direito Constitucional Comparado e o Direito Constitucional Geral guardam entre si inumeráveis pontos de contato e interpenetração. Não se devem tomar por disciplinas rigorosamente separadas. Ocasiões há em que, pelo método e fins alcançados, o Direito Constitucional Especial e o Direito Constitucional Geral se aproximam consideravelmente. Princípios e conceitos do Direito Constitucional Geral estão a cada passo servindo de subsídio e complemento à exposição do Direito Constitucional Especial, do mesmo passo que o Direito Constitucional Geral vai buscar no Direito Constitucional Comparado importantes elementos de referência, doutrina, compreensão, análise e investigação.

4. As relações do Direito Constitucional com outras Ciências

Divide-se o Direito Público em duas partes fundamentais: o Direito Público externo (Direito Internacional) e o Direito Público interno. O primeiro regula relações entre Estados, o segundo marca a extensão da ordem jurídica relativamente a um determinado Estado.

A disciplina básica do Direito Público interno é o Direito Constitucional, que fixa as normas fundamentais da organização jurídica e condiciona, debaixo de seus princípios, os demais ramos do Direito Público, com os quais se relaciona.

Afirma, a esse respeito, um excelente jurista que "as Constituições clássicas continham somente princípios relativos ao governo e às garantias individuais: hoje em dia as leis fundamentais assinalam as bases primárias de toda organização jurídica do Estado e daí suas múltiplas e importantes relações com outros ramos do Direito".[8]

A) O Direito Constitucional e o Direito Administrativo

Das Ciências do Direito Público, aquela que se apresenta mais afim ao Direito Constitucional é, indubitavelmente, o Direito Administrativo.

8. Mario Bernaschina González. *Constitución Política y Leyes Complementarias*, 2ª ed., p. 31.

Os laços são tão íntimos que alguns tratadistas se confessam em dificuldade para estabelecer distinção clara e válida entre as duas matérias, ao mesmo passo que outros chegam a qualificar o Direito Administrativo como parte do Direito Constitucional, tão sólido e insubstituível apoio este lhe oferece.[9]

Distinguindo as duas Ciências Jurídicas, Holland vira no Direito Constitucional uma espécie de Direito "em repouso", e no Direito Administrativo um Direito "em movimento", o primeiro descrevendo a "estrutura" do poder, o segundo a "função" dos órgãos de governo.

Criticada, corrigida e ampliada por Maitland, segundo refere O. Phillips, a distinção ficou sendo esta: "O Direito Constitucional entende com a estrutura e as regras gerais que regulam a função, enquanto o Direito Administrativo trata dos detalhes da função. Há, por conseguinte, diferença de grau e não de espécie, de conveniência e não de lógica".[10]

A conexão dos dois ramos reflete-se entre os ingleses até no título dos compêndios. Não raro, aparecem eles sob a denominação conjunta de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Ressaltam os juristas da Inglaterra que a ausência, nesse país, de uma Constituição faz difícil a delimitação dos assuntos referentes àquelas disciplinas, ao contrário, pois, do que se observa nos Estados Unidos, França e demais Estados, onde a presença do texto constitucional facilita enormemente aquela tarefa.[11]

Expondo também a distinção entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, um dos bons constitucionalistas chilenos escreve: "O Direito Administrativo estuda os serviços públicos e o pessoal encarregado de realizar a função administrativa do Estado. Poder-se-ia dizer que o Direito Administrativo está para o Direito Constitucional assim como o decreto está para a lei. Os órgãos fundamentais dos Estados são matéria da Constituição e os órgãos secundários são matéria de uma

9. O. Hod Phillips, em seu *Direito Administrativo e Constitucional* (*Constitutional and Administrative Law*, 3ª ed.), assinala que, nos países de Constituição escrita, como a França e os Estados Unidos, a distinção é mais fácil, posto que nem o Direito Administrativo francês nem o Direito Administrativo americano estejam codificados. A dificuldade da distinção ocorre com maior intensidade nos países de Constituição não escrita. V. aquele autor, ob. cit., p. 14.

10. Holland, *Jurisprudence*, 13ª ed., p. 374, e Maitland, *Constitucional History*, pp. 526-539, *apud* O. Hod Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 3ª ed., p. 13.

11. O. Hod Phillips, ob. cit., p. 14.

lei; os serviços postais e educacionais, de cobrança e arrecadação de impostos, de saúde, trabalho e administração local, entre outros, são partes do Direito Administrativo".[12]

As Constituições, em geral, trazem os princípios básicos do Direito Administrativo. Haja vista, a esse respeito, a Constituição brasileira, que contém disposições de Direito Administrativo, como as concernentes à desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (arts. 182, 184 e 185), as que estabelecem os poderes ou atribuições do Presidente da República e dos Ministros de Estado (arts. 84 e 87, parágrafo único), bem como aquelas pertinentes à Administração Pública, definindo o regime jurídico dos servidores públicos civis e militares, e as referentes à constitucionalização administrativa das Regiões, que se acham contidas nas quatro seções do Capítulo VII do Título III, relativo à organização do Estado (do art. 37 ao art. 43). São, ainda, de teor administrativo as que traçam a competência tributária dos Municípios e lhes concedem autonomia, disciplinando aspectos da vida municipal (arts. 30 e 31).

B) O Direito Constitucional e o Direito Penal

O Direito Constitucional relaciona-se também com outros ramos do Direito Público, ministrando as regras capitais de certos institutos.

Com o Direito Penal, no caso da Constituição brasileira, a relação manifesta-se diante das garantias penais de natureza constitucional que se estendem do inciso XXXVII ao inciso LXVII do art. 5º do Capítulo I, sobre direitos e deveres individuais e coletivos.

C) O Direito Constitucional e o Direito Processual

Vários princípios da Constituição vinculam, em nosso País, os dois ramos do processo – o civil e o penal – ao Direito Constitucional.

Com o Direito Judiciário Civil, esse vínculo se declara na concessão, pelo Poder Público, de assistência judiciária aos necessitados (art. 5º, LXXIV), na garantia do mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo (art. 5º, LXIX), no direito de petição aos Poderes Públicos contra abusos de autoridades (art. 5º, XXXIV, *a*) e no chamado direito de ação popular em defesa do patrimônio de entidades públicas contra atos que lhe sejam lesivos (art. 5º, LXXII).

12. Mario B. González, ob. cit., p. 32.

Com o Direito Judiciário Penal a relação é manifesta quando a Constituição protege a liberdade individual contra o abuso de poder, a prisão ou detenção ilegal, regula *o habeas corpus*, assegura aos acusados ampla defesa e faz contraditória a instrução criminal (v. art. 5º, III, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII).

Dispõe, ainda, a Constituição sobre as bases de organização do Poder Judiciário, institui o recurso extraordinário, seu cabimento e julgamento no âmbito da competência do STF (art. 102, III, *a*, *b* e *c*) bem como rodeia o processo das necessárias garantias constitucionais.

É de assinalar que, com a "publicização" do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional.

D) O Direito Constitucional e o Direito do Trabalho

Com o Direito do Trabalho observa-se igual fenômeno, em razão das estreitas relações que se estabeleceram entre ele e o Direito Constitucional, as quais bem poderão conduzir ao advento de uma outra disciplina, destinada a exprimir o conteúdo e a dimensão desse relacionamento.

São numerosos os dispositivos constitucionais que inserem princípios de proteção aos trabalhadores, consagrando admiráveis conquistas sociais da classe obreira. Medite-se, a esse respeito, no sindicato livre, no direito de greve, na Previdência Social, no salário mínimo, no repouso semanal remunerado, na participação obrigatória nos lucros da empresa etc. (arts. 6º, 7º, 8º e 9º).

E) O Direito Constitucional e o Direito Financeiro e Tributário

A esfera do Direito Financeiro e Tributário também não ignora o Direito Constitucional, que ali se faz presente com suas normas básicas de administração das finanças e distribuição da competência tributária no organismo estatal.

Já houve quem afirmasse que "as novas Constituições são verdadeiros planos de política econômica", o que demonstra a excepcional importância atribuída pelo constitucionalismo moderno a uma organização sólida das finanças públicas.

"As Constituições tendem mais a ser Cartas econômico-sociais do que políticas, como haviam sido em épocas passadas", escreve Mario González, acrescentando que, no Estado moderno, a política clássica, de "caráter teórico-especulativo", se transformou, essencialmente, numa política prática, de "critério econômico-social".[13]

F) O Direito Constitucional e o Direito Internacional

Duas tendências observadas no campo institucional e que alguns publicistas (González, Arinos etc.) compendiam numa terminologia bastante clara e adequada – a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional – são suficientemente fortes para inculcar o grau de influência mútua verificada entre as mencionadas disciplinas.

A primeira tendência afirma-se na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna (preceitos incorporativos: Constituição alemã de 1919, art. 4º; Constituição espanhola de 1931, art. 7º; e preceitos integrativos: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, art. 26).

Outras Constituições, como a brasileira, proclamam o princípio de renúncia a todas as guerras de conquistas e estabelecem o recurso ao arbitramento (CF brasileira de 1946, art. 4º).

A segunda tendência – constitucionalização do Direito Internacional – é, talvez, mais recente. Manifesta-se através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas, abraçados, com fer-

13. Depois de assinalar, no mesmo texto, que as novas Constituições são "verdadeiros planos de política econômica", Mario González afirma que "este novo espírito deriva da busca pelo Estado moderno de uma eficaz solução para os problemas que transformaram em sua base a política clássica, de caráter teórico-especulativo, em política prática, de critério econômico-social". Houve, efetivamente, essa mudança. Mas à acuidade crítica de muitos constitucionalistas, deslumbrados com essa portentosa variação, escapou aquele aspecto desintegrativo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional que tem acompanhado de perto a crise das Constituições, contribuindo largamente a desprestigiá-las e desvalorizá-las como formas clássicas idôneas para afiançar o exercício de poderes limitados nos rígidos moldes de um Estado de direito, protetor das liberdades humanas. A Constituição – plano ou programa de política econômica posto no ponto mais alto da escala hierárquica dos valores políticos – desvirtua e desfigura o sentido tradicional das Constituições, compreendidas fundamentalmente pelo aspecto jurídico, que urge salvaguardar. Nos países socialistas, p. ex., a Constituição tem mais-valia sócio-econômica do que propriamente jurídica, é mais um instrumento programático de governo do que um esquema de repartição de competência entre órgãos do poder, harmônicos e independentes, ou de atribuição de direitos no sentido tradicional das Constituições ocidentais.

vor, à idéia de implantação de uma comunidade universal de Estados, devidamente institucionalizada.

A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) é desses documentos que sugerem a imitação, ainda um tanto rude, do modelo constitucional, como se estivesse a criar nos três órgãos básicos – a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança e a Corte de Justiça, respectivamente – a imagem dos três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que distinguem, com seu perfil característico, a organização do Estado moderno.

Escreve, a esse respeito, Afonso Arinos: "Define-se, desta forma, o período a que chamamos da constitucionalização do Direito Internacional. Por isso mesmo aparecem os estudos que levam, do Direito Constitucional Comparado e Geral (no fundo, simples métodos de verificação e observação), a um verdadeiro Direito Constitucional Internacional, o qual já representa um processo de construção teórica perfeitamente definido".[14]

Dez princípios básicos estabelecidos pela Constituição de 1988 serão observados na condução das relações internacionais da República Federativa do Brasil, a saber: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político (art. 4º, I a X).

G) O Direito Constitucional e o Direito Privado

Tanto os demais ramos do Direito Público como todo o Direito Privado se acham em posição de inferioridade e sujeição – nunca de igualdade e coordenação – em face do Direito Constitucional. É este que, privilegiadamente, encabeça o ordenamento jurídico, traçando as regras básicas do sistema normativo.

Tendo se dilatado na sociedade o círculo de ingerência do Estado – que entrou a disciplinar esferas das quais, dantes, ainda em nome do Direito Natural, fora, em larga parte, expungido, como no caso do direito de propriedade – verificou-se sensível declínio de certos institutos fundamentais de Direito Privado, em proveito da influência crescente, se não avassaladora, que o Direito Constitucional começou, ali, a exercer.

14. Afonso Arinos de Melo Franco, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, "Teoria Geral", v. I/206.

Interesses, há menos de meio século, reputados exclusivamente individuais e aparentemente intangíveis tomaram, com o tempo, notável transcendência social, ocasionando, como efeito, sua ordenação subseqüente pelo Direito Constitucional.

Assim se deu com o direito de propriedade e certos direitos civis atinentes à família, objeto de minuciosa regulamentação constitucional, com marcado cunho social. O amparo às famílias de prole numerosa, a questão do divórcio, o problema dos filhos ilegítimos, em alguns países, já se transverteram em matéria constitucional. Atente-se ao caso da EC 9, de 28.6.1977, que instituiu o divórcio no Brasil, bem como do § 6º do art. 226 da CF vigente.

Na Constituição brasileira a propriedade e a família mereceram todo o desvelo do legislador constituinte. A propriedade aparece com destaque na matéria sobre a ordem econômica e social. A função social da propriedade é afirmada como um dos princípios constitucionais sobre os quais assenta a sobredita ordem (arts. 5º, XXIII, e 170, III). A propriedade privada, observados os ditames da justiça social, é erigida também em princípio da ordem econômica (art. 170, II). A família fez-se, por igual, objeto de ampla proteção dos Poderes Públicos por preceitos expressos da Constituição contidos nos arts. 226, 227, 228, 229 e 230.

H) O Direito Constitucional e a Ciência Política

É com a Ciência Política, fora das Ciências Jurídicas, que o Direito Constitucional mantém mais apertados vínculos. Se alguns constitucionalistas fazem o Direito Constitucional inseparável do Direito Administrativo – orientação recente, seguida por certos tratadistas ingleses, conforme vimos – outros entendem uni-lo de maneira particular e profunda à Ciência Política. Traço, este, de observação usual e de toda a clareza na orientação didática que modernos autores franceses têm, de último, imprimido às suas obras, em grande parte também por efeito de reforma curricular havida no ensino superior da França.

A ênfase foi posta, aliás, nas instituições políticas, ao lado de cuja designação sói aparecer o Direito Constitucional. Trabalhos de Duverger, Prélot e Burdeau assinalam a sobredita tendência ou diretriz, que parece atar, definitivamente, nos compêndios, o Direito Constitucional à Ciência Política.

Dentre os publicistas de língua portuguesa representativos daquela mesma posição figura, sem dúvida, Marcello Caetano, cujo tratado – *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional* – surge também vazado naquela linha nova de compreensão e exposição dos temas políticos.

I) O Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado

Quase sentimos a desnecessidade de abrir espaço para referir as relações do Direito Constitucional com a Teoria Geral do Estado. Mas a incerteza em fixar o âmbito e a natureza do que seja Teoria Geral do Estado por parte de vários tratadistas nos impele a traçar algumas linhas de generalização, já visíveis no assunto.

Uma corrente de pensadores, seguindo tradição bastante antiga, coloca o Direito Constitucional, a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado no mesmo plano, como se fossem três nomes diferentes com que designar a mesma modalidade de estudo. Com mais rigor, a coincidência das duas disciplinas se faria com o Direito Constitucional Geral. A Ciência Política e a Teoria Geral, sobre serem idênticos, seriam também conhecimentos sistematizados de figuras e conceitos do ordenamento político da sociedade.

A escola inglesa toma, porém, posição diferente quando sustenta que a Ciência Política, sendo, no seu modo de entender, apenas o estudo pragmático das instituições (Lindsay), se distingue nitidamente da teoria política, ou seja, da Teoria Geral do Estado, e, do mesmo passo, do Direito Constitucional Geral, ficando, no entanto, propínqua ao Direito Constitucional Especial, que estuda, concretamente, com fins interessados, uma determinada Constituição ou ordenamento político.

Quanto à primeira posição – Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado equivalentes ou semi-equivalentes – com a qual se mostra em parte familiarizada a tradição franco-alemã, há que distinguir duas variantes: a) a velha direção francesa, habitualmente expositora da Teoria Geral do Estado como parte teórica e introdutória do Direito Constitucional (emprestando-lhe, de preferência, feição preponderante ou de todo jurídica), e b) a variante alemã, que separou a Teoria Geral do Estado do Direito Constitucional propriamente dito, concedendo-lhe a necessária autonomia científica.

Com o evolver desses estudos, os publicistas alemães lhe conferiram, depois, tratamento mais largo, mercê do chamado método tridimensional: jurídico, filosófico e sociológico. Da bidimensionalidade sociojurídica, verificada na clássica Teoria Geral do Estado, de Jellinek, à tridimensionalidade sociojurídico-filosófica do tratado do Professor Nawiasky sobre a matéria, traça-se todo o caminho doutrinário percorrido pelos autores representativos dessa última tendência.

5. *Método de ensino*

Ponto obscuro, sujeito a infindáveis controvérsias no Direito Constitucional, é o do método aplicável ao estudo dessa disciplina. Através do método, forceja a razão humana por chegar a determinado resultado, "especialmente à descoberta da verdade e à sistematização dos conhecimentos".

Distingue Henri Nézard, em trabalho clássico sobre o assunto, três direções metódicas no ensino do Direito Constitucional: o método exegético ou positivo, o método dogmático e o método histórico.[15]

O método exegético parte do pressuposto de que a legislação contém todo o Direito. No caso do Direito Constitucional, cabe ao jurista tomar a Constituição e analisá-la, coroando cada artigo de comentários e anotações, sujeitando-o a uma exegese paciente e exaustiva, finda a qual o preceito legal estaria examinado e interpretado por todos os ângulos essenciais. A objeção que esse método suscita prende-se à dispersão e ociosidade a que poderiam ficar expostos os comentários, com acumulação indigesta de temas estranhos ao Direito, comprometendo, assim, a visão global e unitária da matéria.

O método dogmático, conhecido também por método lógico ou "método jurídico propriamente dito", foi o de que se serviu Laband em sua afamada obra sobre o Direito Público alemão. Consiste em ligar de maneira coerente o sistema constitucional, objeto de exame, à doutrina política ou às inspirações básicas que o esteiam, e sob cuja égide se deduzem depois, num trabalho lógico, todos os preceitos vigentes na ordem normativa.

Combatendo esse método, alguns juristas apontam para o excesso de formalismo a que, de ordinário, conduz, dando, freqüentemente, resultados deploráveis. Se, por uma parte, concorreu ele para fornecer ao Direito um critério apreciável de nítida demarcação do campo puramente jurídico, bem como dotá-lo de admirável armadura lógica, por outra parte, seus inconvenientes se tornaram manifestos.

Aos formalistas – ressaltou Marcello Caetano – "não importa o *que é* obrigatório, mas somente *como é* que um preceito se torna juridicamente obrigatório".[16] Acrescentou o Jurista português: "Caiu-se, pois, no *conceptualismo*, e a Ciência Jurídica passou a ser um capítulo da Lógica Formal, cujos cultores se preocupavam com a determinação de conceitos gerais, análise dos seus elementos, suas distinções e classificações, suas relações. O Direito Constitucional não passaria também de uma técnica, de uma nomenclatura, tudo abstrato, que tanto vale para

15. Veja-se "De la méthode dans l'enseignement du Droit Constitutionnel", in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933.

16. *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, 3ª ed., v. I, p. 31.

um regime como para outro, assim se criando certo divórcio entre a Ciência Jurídica e a realidade concreta".[17]

O método histórico dispensa máxima atenção ao processo de evolução das leis, em cujo exame interpretativo entra acuradamente, com vistas voltadas também para a importância dos elementos sociológicos subsidiários que influem no caráter da legislação. Com relação ao Direito Constitucional, esse método costuma seguir cada preceito na sua origem, formação e evolução, valendo-se da história das instituições e das idéias políticas como instrumento eficaz de compreensão e interpretação de todo o sistema normativo fundamental.

Alguns constitucionalistas, assinalando a presença de um quarto método – o comparativo (Afonso Arinos) – renunciam a todo critério monista e se inclinam à aplicação conjunta dos métodos já mencionados.

Demais, preconizam um "sincretismo metódico", em virtude do qual ficam desfeitas e ultrapassadas certas antíteses, como as que se levantam entre o jurídico e o sociológico (Xifra Heras). É de observar que, ao perfilhar declaradamente essa diretriz nova, o constitucionalismo contemporâneo, perlustrando a estrada para o conhecimento da verdade política, nem por isso contraria aquela máxima de Dicey, de marcada inspiração jurídica, segundo a qual a missão do constitucionalista "não é atacar nem defender a Constituição, mas simplesmente explicar-lhe as leis". Contudo, na explicação das leis, o contributo de compreensão proporcionado pelo emprego daqueles métodos não deve ficar jamais deslembrado.

6. *As fontes do Direito Constitucional*

Seguindo aproximadamente as classificações de Xifra Heras e Biscaretti di Ruffia, em que as fontes aparecem como *formas de manifestação* da norma jurídica, podemos, no Direito Constitucional, distinguir duas modalidades de fontes: as escritas e as não-escritas.

As fontes escritas abrangem: a) as leis constitucionais; b) as leis complementares ou regulamentares – figura especial de leis ordinárias que servem de apoio à Constituição e fazem com que numerosos preceitos constitucionais tenham aplicação; c) as prescrições administrativas, contidas em regulamentos e decretos, de importância para o Direito Constitucional, desde que, recebendo a delegação de poderes, entre o governo no exercício da delegação legislativa; d) os regimentos das Casas do Poder Legislativo, ou do órgão máximo do Poder Judiciário

17. Idem, v. I, pp. 31-32.

(o caso concreto referido pelo Professor Afonso Arinos da relevância desses documentos quando se deu pelo TSE a cassação do registro do Partido Comunista Brasileiro); e) os tratados internacionais, as normas de Direito Canônico, a legislação estrangeira, as resoluções da comunidade internacional pelos seus órgãos representativos, sempre que o Estado os aprovar ou reconhecer; f) a jurisprudência, não obstante o caráter secundário que as normas aí revestem, visto que, em rigor, a função jurisprudencial não cria Direito, senão que se limita a revelá-lo, ou seja, a declarar o Direito vigente (sua importância constitucional é, todavia, extraordinária, atestada pelo exemplo dos Estados Unidos, onde as sentenças da Suprema Corte, conforme assinala Sanchez Agesta, integram quase metade da Constituição); g) e, finalmente, a doutrina, a palavra dos tratadistas, a lição dos grandes Mestres, que desde Savigny se reputa uma das fontes do Direito, com o caráter auxiliar de fonte instrumental ou de conhecimento, e não propriamente de fonte técnica (Xifra Heras).

Quanto às fontes não-escritas, são, essencialmente, duas: o costume e os usos constitucionais.

O costume forma-se quando a prática repetida de certos atos induz uma determinada coletividade à crença ou convicção de que esses atos são necessários ou indispensáveis.

Funda-se, pois, o costume no consentimento tácito que o uso reiterado autoriza. Uma de suas características, conforme Waline, é a de que ele se gera "sem a intervenção dos órgãos de um grupo social".

Sua importância para o Direito Constitucional é imensa. Autores do tomo de Duverger chegam a admitir que ele não somente completa como modifica a Constituição. Heras entende que o costume constitucional guarda traços peculiares, e estes ordinariamente não acompanham as demais normas do Direito Consuetudinário. Tais traços vêm a ser: a) a *criação pública*, pelos instrumentos da autoridade, e não pelos particulares, contrastando a publicidade do costume constitucional com o anonimato de que a tradição reveste o costume no Direito Privado; b) a *racionalidade*, pois "o costume constitucional é mais racional do que tradicional" e nele – acentua o mencionado constitucionalista – a prática cede à convicção jurídica e o fato à intenção; c) a *brevidade*, uma vez que o costume se afirma como tal em espaço mais curto de tempo; e d) a *flexibilidade*, oriunda da natureza política ou do conteúdo do costume constitucional, relativo sempre a questões públicas fundamentais.[18]

18. Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. I, p. 133.

Os usos constitucionais compõem, enfim, a segunda categoria das fontes não-escritas. Sua relevância é maior nos países desprovidos de Constituição escrita ou que a possuem em textos sumários. No caso da Inglaterra, certos *usos* (*conventions of the Constitution*), como a dissolução dos Comuns, a convocação do Parlamento, constituem matéria constitucional de suma importância. Igual fenômeno verifica-se também nos Estados Unidos, onde as convenções partidárias e algumas práticas de funcionamento do Poder Executivo se assentam tão-somente em usos constitucionais, cuja importância fica, assim, sobejamente demonstrada.

Debate-se, do ponto de vista doutrinário, qual a natureza desses fatos, se pertencem ou não à esfera jurídica, se engendram ou não normas de Direito ou se constituem apenas meras praxes convencionais que a tradição, a moral, a convenção e a cortesia autorizam ou aconselham.

Constitucionalistas franceses da envergadura de Hauriou e Burdeau admitem o caráter jurídico dos usos constitucionais, equiparando-os a verdadeiras regras de Direito, ao passo que os constitucionalistas ingleses se mostram mais prudentes, manifestando a esse respeito fortes dúvidas, quando não aderem de plano ao ponto de vista de Dicey, que recusa categoricamente valor de preceitos jurídicos às "convenções" – por conseguinte, aos usos constitucionais, nomeadamente em razão de carecerem de aplicação ou reconhecimento judicial.

7. *Comentários à bibliografia brasileira de Direito Constitucional*

O Direito Constitucional *brasileiro* já oferece, hoje, alentada bibliografia, com um acervo que se tem ampliado consideravelmente nas últimas décadas. O arrolamento sumário das principais obras que permitem um estudo sistemático da vastíssima matéria constitucional em nossa literatura jurídica abrange tanto contribuições de ordem geral como de natureza específica e monográfica.

Principiaremos com as obras gerais de Direito Constitucional, a par daquelas que paralelamente se escreveram sob a designação de Teoria Geral do Estado ou Teoria do Estado, para atender a determinadas exigências didáticas e curriculares, embora versassem quase sempre de modo substancial a parte teórica e fundamental daquele Direito.

A seguir, indicaremos obras de comentários às Constituições brasileiras, seguidas dos principais estudos sobre temas especiais de Direito Constitucional concernentes aos três Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo), ao parlamentarismo, presidencialismo, *impeachment*, partidos políticos, poder moderador, ato adicional, reforma eleitoral e Direito Eleitoral, reforma ou revisão constitucional, estado de sítio, *habeas corpus*, mandado de segurança, federalismo, poder constituinte, controle de constitucionalidade, história constitucional do Brasil, direitos humanos e declarações de direitos e imunidades parlamentares.

A) Obras gerais de Direito Constitucional

As primeiras obras de Direito Constitucional de caráter geral no País, de autores nacionais, se prendiam ordinariamente à explicação do Direito Positivo exarado na Lei Magna. A obra básica e precursora nessa direção foi o célebre compêndio de cunho didático publicado em 1857 por José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, e intitulado *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Em suas páginas educaram-se politicamente várias gerações. Da década seguinte é a contribuição clássica de Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, denominada *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias do Brasil*, em 2 vs., publicada no Rio de Janeiro em 1865. A primeira parte se ocupa do Ato Adicional.

A seguir, já na Primeira República, aparecem os livros não menos estimáveis de José Soriano de Souza, *Princípios Gerais do Direito Público e Constitucional*, Recife, 1893, e Filinto Bastos, *Manual de Direito Público e de Direito Constitucional*, de conformidade com o programa da Faculdade de Direito da Bahia, 1914.

Merecem igual referência, nessa primeira fase, os seguintes trabalhos: *Direito Constitucional Brasileiro*, de Alfredo Varela, Rio de Janeiro, 1902; *Noções de Direito Público e Constitucional*, de Leopoldo de Freitas, Rio de Janeiro, 1910; *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*, de Rodrigo Octávio e Paulo Domingues Vianna, Rio de Janeiro, 1913; e *Manual da Constituição Brasileira*, de Raimundo de Araújo Castro, Rio de Janeiro, 1918. Cabe referir também os 2 vs. dos *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, de Paulo M. de Lacerda, publicados sem data, mas presumivelmente posteriores ao ano de 1929, bem como a obra teórica de profunda reflexão crítica escrita por Alberto Torres, sob o título *A Organização Nacional – 1ª Parte: A Constituição*, Rio de Janeiro, 1914, reeditada em São Paulo, em 1933, e *O Idealismo da Constituição*, de Oliveira Vianna, de 1920.

A bibliografia ulterior à Revolução de 1930 abrange, ainda nessa década, *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional*, de Pontes de Miranda, Rio de Janeiro; as *Noções Elementares de Direito Constitucional*, de Porfírio Soares Neto, Porto Alegre, 1936; o *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, de Pedro Calmon, Rio de Janeiro, 1937; e 5ª

edição dos *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*, de Rodrigo Octávio, lançada no Rio de Janeiro, em 1936, de conformidade com a Constituição de 1934; e o *Direito Constitucional*, de Francisco Campos, que reúne pareceres sobre questões constitucionais, sendo de 1942 a 1ª ed., lançada em pleno fastígio do Estado Novo (uma 2ª ed., em 2 vs., saiu dos prelos em 1956).

Após o advento da Constituição de 1946 publicaram-se compêndios modernos e atualizados, alguns alheios ao ordenamento positivo brasileiro, e de caráter mais teórico, como os *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, de Pinto Ferreira, de 1948, de que já se lançaram várias edições; outros, acompanhando o nosso Direito Constitucional, como o *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, em 2 vs., de autoria do Professor Afonso Arinos de Melo Franco, Catedrático de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil. Dessa importantíssima obra publicou-se o 1º v., versando a "Teoria Geral", em 1958, seguido, dois anos depois, em 1960, do 2º v., que se ocupava basicamente da "Formação Constitucional do Brasil".

Do mesmo período constitucional temos, ainda: o *Manual de Direito Constitucional*, de Alcides Rosa, 1951; o *Curso de Direito Constitucional*, de Paulino Jacques, de 1956, e desde 1977 em 8ª ed.; o *Tratado das Constituições Brasileiras*, de Cláudio Pacheco, 1958; o *Curso de Direito Constitucional*, de A. Sampaio Dória, em 2 vs., 2ª ed., e, finalmente, o *Direito Constitucional*, de Sahid Maluf, e *A Teoria das Constituições Rígidas*, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, São Paulo, 1948.

A partir de 1964 apareceram novos trabalhos de cunho didático: o *Manual de Direito Constitucional*, de Rosah Russomano de Mendonça Lima, 1964; o *Curso de Direito Constitucional*, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; o *Direito Constitucional Brasileiro*, de José Alves, 1973; o *Direito Constitucional*, de Silveira Neto, 1970; as *Lições de Direito Constitucional*, de Almir de Andrade, 1973, e, em 1978, o *Curso de Direito Constitucional*, de Celso Ribeiro Bastos, Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o qual anteriormente já havia publicado *Elementos de Direito Constitucional*.

B) Obras de Teoria Geral do Estado

Não menos abundante tem sido a bibliografia referente à Teoria Geral do Estado, que, como disciplina universitária, se acha, desde a última reforma nos currículos do ensino superior, incorporada ao Direito Constitucional, sob a denominação de Direito Constitucional I.

Em 1930, Eusébio de Queiroz Lima, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, inaugurava precursoramente o ciclo didático dessas obras com a publicação da *Teoria do Estado*, que antes de findar-se a década já vinha a lume em 3ª edição.

Seguem-se obras de outros publicistas e constitucionalistas, tais como: o *Curso de Teoria Geral do Estado*, de Pedro Calmon, cuja 1ª ed. remonta a 1938; a *Teoria Geral do Estado*, de Darci Azambuja, publicada em Porto Alegre, em 1942, e que teve numerosíssimas edições; a *Política e Teoria do Estado*, 1957, de José Pedro Galvão de Souza, que também lançou, em 1976, *Iniciação à Teoria do Estado*, em 2ª ed.; a *Teoria Geral do Estado*, de Machado Paupério, com várias edições, sendo a 1ª de 1953; a *Teoria do Estado*, de Themístocles Cavalcanti, 1958; a *Teoria Geral do Estado*, de Aderson de Menezes, 1960; a *Teoria Geral do Estado*, de Pinto Ferreira, em 2 vs., 1957; a *Teoria do Estado*, de Silveira Neto, 1963, já em 6ª ed. em 1978; a *Caracterização da Teoria Geral do Estado*, 1951, e os *Resumos de Teoria Geral do Estado*, 1942, de Orlando M. Carvalho, ex-Reitor da Universidade Federal de Minas Gerais; *Prólogo à Teoria do Estado*, 1960, de Nélson de Sousa Sampaio, que a publicou anteriormente na Bahia, em 1953, sob a denominação de *Ideologia e Ciência Política*; *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*, 1953, de Lourival Vilanova; a *Teoria do Estado*, 1963, de Paulo Bonavides; o *Curso de Teoria do Estado*, de Francisco Vani Benfica, 1970; os *Elementos de Teoria Geral do Estado*, de Dalmo de Abreu Dallari, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972; a *Teoria do Direito e do Estado*, de Miguel Reale, publicada em São Paulo, em 2ª ed., no ano de 1960; as *Lições de Teoria Geral do Estado*, de José Carlos de Ataliba Nogueira, São Paulo, 1969; o *Curso de Teoria do Estado*, de Paulo Jorge de Lima; a *Teoria Geral do Estado*, de Décio Ferraz Alvim; o *Curso de Ciência Política – Teoria do Estado*, de Pedro Salvetti Neto, 1953; *Democracia e Cultura – A Teoria do Estado e os Pressupostos da Ação Política*, de Fernando Whitaker da Cunha, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1973.

C) A bibliografia básica sobre as Constituições brasileiras

A Constituição do Império foi objeto de largos estudos e comentários, sendo os mais importantes os da obra sistemática e definitiva, já referida, de Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente.

Durante o Segundo Reinado estamparam-se as seguintes obras básicas: *A Constituição Política de Império do Brasil*, de José Carlos Rodrigues, em 1863; a *Análise e Comentários da Constituição Política do*

Império do Brasil ou Teoria e Prática do Governo Constitucional Brasileiro, de Joaquim Rodrigues de Sousa, obra em 2 vs., lançada em 1867-1870; as *Considerações sobre a Constituição Brasileira*, de Policarpo Lopes de Leão, em 1872; as *Considerações Políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*, de Nicolau Rodrigues dos Santos França e Leite, em 1872; a *Constituição Política do Império do Brasil confrontada com outras Constituições e Anotada*, de Machado Portela, em 1876; a *Constituição Política do Império do Brasil*, de Manuel Godofredo de Alencastro Autran, em 1881.

Em 1890, proclamada já a República, publica-se a *Análise da Constituição Política do Império do Brasil*, de autoria do Professor paulista José Maria Correia de Sá e Benevides, que lecionou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Mais recentemente publicou Henoch Reis, em Manaus, em 1952, *A Constituição Imperial do Brasil.*

A Constituição de 1891 – A primeira Constituição republicana, de 1891, teve três comentaristas célebres e, sem dúvida, inexcedíveis: Rui Barbosa, João Barbalho e Carlos Maximiliano.

De Rui Barbosa temos, graças ao zelo e dedicação de Homero Pires, os *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, por ele coligidos e ordenados, e enfim publicados em 6 vs., no período compreendido entre 1932 e 1934.

Mas a obra sistemática por excelência, que sobreexcede o caráter esparso dos comentários de Rui, foi escrita por João Barbalho. Intitula-se *Constituição Federal Brasileira, Comentários*, cuja 1ª ed. é de 1902, seguida de outra edição (póstuma) lançada em 1924.

De Carlos Maximiliano vieram a lume os *Comentários à Constituição Brasileira*, em três edições, sendo a 1ª de 1918, a 2ª de 1923 e a 3ª de 1929. Dos três, é o único que se ocupa da reforma constitucional de 1926, justamente na 3ª ed. Comentaram também a Constituição de 1891 Aristides Milton, Aurelino Leal e Araújo e Castro.

A 1ª ed. de *A Constituição do Brasil*, de Aristides Augusto Milton, estampou-se em 1895, no Rio de Janeiro, seguida de nova edição de 1898, com um aditamento relativo à Justiça Federal.

A obra de Aurelino Leal, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, intitula-se *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*; apareceu em 1925, mas não passou do 1º v., Parte 1ª. Comentou a Organização Federal e o Poder Legislativo, a saber, os arts. 1º a 40, da sobredita Constituição.

Finalmente, Raimundo de Araújo e Castro escreveu um *Manual da Constituição Brasileira*, que teve duas edições, a 1ª de 1918 e a 2ª de 1920.

Contribuíram também para um conhecimento histórico mais profundo acerca do texto republicano de 1891 e das condições políticas em que atuaram os constituintes as seguintes obras clássicas na bibliografia da Primeira República: a *História Constitucional da República*, de Felisbelo Freire, em 3 vs., sendo o 1º sobre a Revolução, o 2º sobre o Governo Provisório e o 3º sobre o Congresso Constituinte, publicados de 1893 a 1895; *A Constituinte Republicana*, de Agenor de Roure, em 2 vs., aparecidos em 1918-1920, e *A Gênese Histórica da Constituição Federal*, de João Coelho Gomes Ribeiro, publicada no Rio de Janeiro em 1917 e que, segundo seu autor, constituía um subsídio para sua interpretação e reforma, contendo anteprojeto, contribuições e programas.

De consulta indispensável a quem quiser fazer um estudo acurado das origens da primeira Constituição republicana são os *Anais do Congresso Nacional Constituinte*, publicação em 3 vs., que abrange o período compreendido entre 15.11.1890 e 26.2.1891. Dos *Anais* consta uma 2ª ed., também em 3 vs., intitulada *Anais do Congresso Constituinte da República*, publicada de 1924 a 1926. Cumpre, ainda, fazer menção da obra *Congresso Nacional – Documentos Parlamentares – Revisão Constitucional*, em 3 vs., sucessivamente de 1924, 1925 e 1926, a qual se refere por inteiro à reforma constitucional de 1926. Acerca dessa reforma escreveu Oscar Stevenson, em 1926, o trabalho sob o título *A Reforma da Constituição Federal.*

A Constituição de 1934 – A Constituição de 1934, que veio pôr termo à ditadura do Governo Provisório, estabelecida após a Revolução de 1930, teve, como se sabe, duração efêmera, sendo um breve parêntese constitucional entre dois períodos ditatoriais instaurados na década de 1930.

Em seus três anos e poucos meses de vigência não deu ensejo a uma aplicação que consentisse aferir o valor das mudanças introduzidas, nem, tampouco, fez nascer uma literatura jurídica de crítica e análise comparável àquela produzida pela primeira fase do constitucionalismo republicano. O principal comentador do novo texto foi Pontes de Miranda, que, no mesmo ano, deu à estampa os *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, em 3 vs.

Outros comentadores de menor tomo foram: Marques dos Reis, que escreveu *Constituição Federal de 1934*, publicada nesse mesmo

ano; Raimundo de Araújo Castro, autor de *A Nova Constituição Brasileira*, lançada em 1935, seguida de outra edição estampada no ano seguinte; e Augusto César Lopes Gonçalves, com *A Constituição do Brasil*, que data de 1935.

São também fontes proveitosas para o estudo dessa Constituição os *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, publicados em 1935, em 26 vs., dos quais quatro de anexos; as atas de trabalho da chamada Comissão do Itamarati recolhidas na obra de José Afonso Mendonça de Azevedo, publicada em 1933 e intitulada *Elaborando a Constituição Nacional*; e o livro de Fernando Augusto Ribeiro de Magalhães, *Na Constituinte de 34*, São Paulo, 1934.

Dois constitucionalistas de renome, João Mangabeira e Levi Carneiro, legaram-nos valiosos estudos sobre a Constituição de 1934, o primeiro escrevendo *Em torno da Constituição* (1934), e o segundo, *Pela Nova Constituição* (1936) e *Conferências sobre a Constituição* (1936).

A Constituição de 1937 – A pobreza do comentário constitucional, cuja decadência já se fizera sentir em relação ao texto de 1934, chega ao seu momento culminante com a Carta de 10.11.1937, que, rigorosamente, não se aplicou. Salvo o elevado quilate da obra de Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937*, projetada em 4 vs., dos quais somente circularam dois – o 1º, referente aos arts. 1º a 37, e o 3º, abrangendo os arts. 90 a 123 – a mediocridade do exame crítico parece brotar menos dos autores que da natureza do objeto mesmo, ou seja, do texto constitucional, um amontoado impreciso e amorfo de preceitos autoritários e de instruções estranhas à índole e à tradição jurídica do País.

Ocuparam-se da Constituição de 10 de novembro os seguintes autores: A. Estelita Lins, *A Nova Constituição do Brasil*, obra de 1938; Araújo Castro, *A Constituição de 1937*, livro com duas edições, uma de 1938 e outra de 1946; Cândido Luís Maria de Oliveira Filho, *Digesto Constitucional*; *Constituição de 1937*, de que saiu apenas o volume 1º acerca da organização nacional, comentando dos arts. 1º ao 16, IX (1939-1940); Carlos Xavier Pais Barreto, Desembargador, *A Constituição do Estado Novo* (1938); Francisco Brochado da Rocha, *A Constituição do Estado Novo e os Estatutos Fundamentais da Europa*, livro publicado em Porto Alegre, em 1940; Murilo Alecrim Tavares, *Novas Tendências da Constituição de 10 de Novembro de 1937*, Rio de Janeiro, 1942; Raimundo de Monte Arraes, *O Estado Novo e suas Diretrizes – Estudos Políticos e Constitucionais*, Rio de Janeiro, 1938; e Júlio Barata, *O Espírito da Nova Constituição*, Rio de Janeiro, 1938.

Duas fontes igualmente recomendáveis a qualquer estudo interpretativo do chamado Estado Novo, instituído no Brasil pela Carta Constitucional outorgada a 10.11.1937, são algumas obras de Francisco Campos e de Getúlio Vargas. Do primeiro, principalmente, *O Estado Nacional – Sua Estrutura, seu Conteúdo Ideológico*, e o opúsculo *O Espírito do Estado Novo*; *Interpretação da Constituição de 10 de Novembro de 1937*, Rio de Janeiro (s/d), e, do segundo, *A Nova Política do Brasil*, em 9 vs., nomeadamente o 5º, aparecidos em 1938, no Rio de Janeiro.

A Constituição de 1946 – Qualitativamente, o nível do comentário constitucional jamais se alteou aos padrões alcançados na Primeira República com Rui e Barbalho. Há, contudo, quem veja na obra de Pontes de Miranda concernente à nova Constituição representativa e democrática de 1946 um comentário de alcance jurídico incomparável e em muitos aspectos superior.

As obras fundamentais sobre a Constituição produzidas nesse novo ciclo constitucional abrangem a contribuição dos seguintes autores: Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, 1947, 4 vs., seguida de mais duas edições, uma de 1953 e outra, em 6 vs., de 1960; Themístocles Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, em 4 vs., Rio de Janeiro, 1948-1949, com uma 2ª ed. em 1951; Eduardo Espínola, *A Nova Constituição do Brasil – Direito Político e Constitucional Brasileiro*, acompanhada de notas e comentários com a colaboração de Oswaldo de Azevedo Espínola, Rio de Janeiro-São Paulo, 1946, e *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, em 2 vs., 1952; José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946: Exegese dos Textos à Luz dos Trabalhos da Assembléia Constituinte*, em 3 vs., Rio de Janeiro, 1947; Alcindo Pinto Falcão e José de Aguiar Dias, *Constituição Anotada*, Rio de Janeiro, 1956, 3 vs.; e finalmente, Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, em 3 vs., com duas edições, uma de 1948 e outra de 1954, numeradas pelo autor como 4ª e 5ª eds., em continuidade da obra anterior referente à Constituição de 1891, cuja 3ª ed., conforme vimos, ampliada e posta de acordo com a reforma constitucional de 1925-1926, apareceu em Porto Alegre, em 1929, às vésperas da Revolução de 30.

A bibliografia pertinente à Constituição de 1946 completa-se com os *Anais da Assembléia Constituinte*, em 26 vs., que contêm uma "Introdução" de Pedro Aleixo, e os *Anais da Comissão de Constituição*, em um volume, de 1948.

A Constituição de 1967 – A Constituição de 1967 e sua EC 1/69 não provocaram a aparição de comentários mais sólidos, talvez em razão da frieza e desinteresse dos nossos juristas em presença de um quadro constitucional que se lhes afigurava instável e emergencial, sem fundamento político e jurídico suficiente para tolher a gravíssima crise política em que a Nação se viu engolfada com a subseqüente destruição do Estado de direito e vigência soberana do AI-5.

A Constituição mesma tinha cunho autoritário, sem embargo das reformas introduzidas no "pacote liberal" de 1978, que substituiu o AI-5 por "salvaguardas" constitucionais mais amenas.

Os principais comentadores da sobredita Constituição e sua Emenda foram: Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, em 6 vs., 1968, a que se seguiram *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, cuja 1ª ed. é de 1970, havendo já uma 2ª, de 1973, em 6 vs.; Roberto Barcelos de Magalhães, *A Constituição Federal de 1967 Comentada*, em 2 vs., 1967; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, em 2 vs., o 1º de 1972 e o 2º de 1975.

Há também três importantes obras que analisam distintos aspectos da nova Constituição: uma de Oscar Dias Corrêa, *A Constituição de 1967, Contribuição Crítica*, 1969; outra de Paulo Sarasate, *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, 1967, com várias edições, de consulta indispensável relativa às determinantes políticas que conduziram o Governo de Castello Branco a um ensaio de reconstitucionalização do País, malogrado em virtude do AI-5; e, finalmente, *Estudos sobre a Constituição de 1967*, em duas edições, a 1ª, de 1968, e a 2ª comentando, já, a EC 1, de 1969. Colaboraram nessa última obra coletiva editada por Themístocles Brandão Cavalcanti, além deste, os seguintes juristas: Diogo Lordello de Mello, Flávio Bauer Novelli, Armando de Oliveira Marinho, Alcino de Paula Salazar, Paulo Bonavides, Raul Machado Horta, M. Seabra Fagundes e Evaristo de Moraes Filho.

Escreveram, por igual, sobre a Constituição de 1967: Alcides de Mendonça Lima, *As Novidades da Constituição Federal*, 1971; Rosah Russomano, *Anatomia da Constituição*, 1970; Osny Duarte Pereira, *A Constituição do Brasil de 1967*; e Paulino Jacques, *A Constituição do Brasil Explicada*, Rio de Janeiro (s/d).

Com respeito aos trabalhos parlamentares de que resultou a Constituição de 1967, existem duas coleções de *Anais*, uma publicada por iniciativa do Senado Federal, sob o título *Anais da Constituição de 1967*, em 7 vs., sendo que o 4º e o 6º constam de dois tomos cada, e

outra, debaixo dos auspícios da Câmara dos Deputados, denominada *Constituição do Brasil de 1967, Anais*, em 4 vs.

D) A bibliografia sobre temas especiais de Direito Constitucional

Há cerca de vinte e cinco anos, na década de 50, Caio Tácito se queixava da escassez de obras de autores brasileiros sobre temas especiais de Direito Constitucional.[19] Se voltasse a escrever, hoje, sobre o assunto, é possível que aquele publicista variasse de opinião em face do que se publicou no País desde aquela época, com uma bibliografia já bastante diversificada, conforme veremos. Tendo em vista a orientação do leitor, buscaremos, num quadro sumário, enumerar, desde a Constituição do Império, os trabalhos mais representativos escritos em nosso País sobre temas isolados e fundamentais de Direito Constitucional.

O Poder Executivo – A bibliografia especializada sobre o Poder Executivo é das mais pobres. Em 1916 podia-se arrolar a obra de Aníbal Freire da Fonseca, denominada *Do Poder Executivo na República Brasileira*, o livro clássico do período constitucional de 1891, publicado no Rio de Janeiro. Escreveram também sobre esse ramo da soberania: Almir de Mello Dantas, *O Poder Executivo no Brasil*, Manaus, 1968; J. Pinto Antunes, *Das Limitações ao Poder Executivo na Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, 1954; e Antônio Amílcar de Oliveira Lima, *O Poder Executivo nos Estados Contemporâneos – Tendências na Experiência Mundial*, o melhor trabalho publicado no País sobre esse Poder do ponto de vista da Ciência Política e da análise comparativa.

O Poder Judiciário – Não faltam em nossas letras jurídicas trabalhos especializados sobre a natureza e as funções do Poder Judiciário – o que contrasta com a carência de estudos monográficos acerca do Executivo, em grande parte, supomos, absorvidos pela temática mais atrativa do presidencialismo, cujo defeito maior, segundo se nos afigura, é ser menos jurídica do que política.

Com respeito ao Poder Judiciário, é de assinalar a seguinte bibliografia: Antônio Moniz Sodré de Aragão, *O Poder Judiciário na Revisão Constitucional*, São Paulo, 1929; Francisco Campos, *O Poder Judiciário na Constituição de 1937*, Rio de Janeiro, 1941; Levi Carneiro, *Do Judiciário Federal*, Rio de Janeiro, 1916; Eduardo Espíndola, *O Poder*

19. V. a "Introdução" de Caio Tácito, in *Bibliografia Brasileira de Direito Constitucional – Primeiras Pesquisas*, p. XIII.

Judiciário na Constituição de 1937, Rio de Janeiro, 1941; Geminiano da França, *O Poder Judiciário no Brasil*, Rio de Janeiro, 1931; Pedro Lessa, *Direito Constitucional Brasileiro; Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943; Paulo Américo Passalacqua, *O Poder Judiciário na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados (Comentários, Pareceres e Legislação)*, São Paulo, 1936; M. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 5ª ed., 1949; Pedro J. Lessa dos Santos, *O Judiciário e o Sítio*, Rio de Janeiro, 1934; Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*, Rio de Janeiro, 1968.

O Poder Legislativo – É baixo o índice quantitativo de obras brasileiras acerca do Poder Legislativo, estudado de forma monográfica ou especializada. Em 1928, Albérico Fraga publicou na Bahia um alentado estudo sob o título *Do Poder Legislativo*. A bibliografia nacional, a seguir, parece haver adormecido, para despertar em 1948, quando Aguinaldo da Costa Pereira publicou, no Rio de Janeiro, *Comissões Parlamentares de Inquérito*. A este trabalho sucedeu, na década de 1950, a publicação *Poder Legislativo*, com o Relatório de João Mangabeira oferecido acerca da Mesa-Redonda que debateu o tema e da qual participaram, entre outros, José Augusto, Samuel Duarte, Carlos Medeiros, Víctor Nunes Leal, Barbosa Lima Sobrinho, Orlando de Carvalho e Caio Tácito. A publicação veio a lume em 1956, no Rio de Janeiro.

Dentre os trabalhos que em seguida se imprimiram no País versando a índole do Poder Legislativo, a sua história, as transformações padecidas ou o papel que ainda lhe cabe na sociedade política contemporânea, avultam: Mílton Campos e Nélson Carneiro, "Organização dos Parlamentos modernos", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 25 e 26, Belo Horizonte, 1969; Paulo Bonavides, "O Poder Legislativo no moderno Estado Social", in *As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio de Janeiro, 1976; José Honório Rodrigues e Leda Boechat, *O Parlamento e a Evolução Nacional*, Brasília, 1972, v. 3, t. II; Ruy Santos, *O Poder Legislativo, suas Virtudes e seus Defeitos*, Brasília, 1972; Bonifácio José Tamm de Andrada, *Parlamento e Evolução Nacional*, Belo Horizonte, 1962; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, São Paulo, 1968; *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, vários autores, publicação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1966; e José Afonso da Silva, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, São Paulo, 1964.

O parlamentarismo – Viveu o Brasil, em sua história política, duas experiências de governo parlamentar: uma, mais prolongada, ao tempo

do Império; outra, deveras efêmera, às vésperas do movimento de 1964.

O parlamentarismo que se instalou em setembro de 1961, em meio a uma gravíssima crise das instituições, por obra da renúncia de Jânio Quadros, teve conseqüências desastrosas, cujo epílogo foi a restauração presidencialista em 1963, seguida das mudanças revolucionárias do ciclo de 1964. Como se sabe, a posse do novo Presidente, após o ato de renúncia de seu antecessor, fora contestada por ponderáveis correntes militares das três Armas e somente ocorreu graças ao compromisso parlamentar de que resultou a adoção daquela forma governativa, cuja existência não foi além de 1963. Em princípio desse ano, uma consulta plebiscitária de Goulart redundou, conforme já assinalamos, na restauração do presidencialismo.

Enquanto o parlamentarismo da monarquia foi obra do costume constitucional e já aprofundava suas raízes na história das instituições nacionais ao sobrevir o golpe republicano de 15 de novembro, o modelo ou versão de governo parlamentar da Emenda à Constituição de 1946 surgiu como criação improvisada de políticos, governantes e militares, com o País inteiramente despreparado, valendo-se da medida apenas para debelar por meios transitórios um dos piores processos históricos da crise presidencialista brasileira, cujo ponto culminante ocorreu com o ato de Jânio Quadros, abdicando subitamente o mandato presidencial que a Nação lhe outorgara nas eleições de fins de 1960.

As duas épocas constitucionais do parlamentarismo brasileiro deram motivo a uma ampla bibliografia nacional que se formou ao redor do tema, versado, conforme veremos, por numerosos publicistas, principalmente durante a segunda fase. Entre estes: Fay de Azevedo, *Democracia e Parlamentarismo*, Porto Alegre, 1934; Assis Brasil, *Ditadura, Parlamentarismo, Democracia*, Porto Alegre, 1908; A. Moitinho Dória, *Males do Parlamentarismo e dos Partidos Políticos*, Rio de Janeiro, 1934; Aurelino Leal, *O Parlamentarismo e o Presidencialismo no Brasil*, Rio de Janeiro (s/d); Raul Pila, *Catecismo Parlamentarista*, Porto Alegre, 1949; João Camilo de Oliveira Torres, *Cartilha do Parlamentarismo*, Belo Horizonte, 1962; Afonso Arinos de Melo Franco, *Presidencialismo ou Parlamentarismo?*, Rio de Janeiro, 1958; Levi Carneiro, *Uma Experiência de Parlamentarismo*, São Paulo, 1965; Sousa Neto, *Coação e Malícia – Emenda Parlamentar*, Brasília, 1961; Frederico Trotta, *O Sistema Parlamentar Brasileiro – Comentário ao Ato Adicional de 2 de Setembro de 1961*, Rio de Janeiro, 1961; José Loureiro Jr., *Parlamentarismo e Presidencialismo*, São Paulo, 1962; Miguel Reale,

Parlamentarismo Brasileiro, São Paulo, 1962; A. Machado Paupério, *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial*, Rio de Janeiro, 1965; Mem de Sá, *Constitucionalidade da Adoção de um Sistema não Presidencial de Governo, nos Estados-Membros da Federação Brasileira, em face da Carta de 1946*, Porto Alegre, 1947; Paulo Brossard de Souza Pinto, *Presidencialismo e Parlamentarismo na Ideologia de Rui Barbosa, em torno da Emenda Parlamentarista*, Porto Alegre, 1949; F. Rodrigues Alves Filho, *O Que é Parlamentarismo. Doutrina e Prática no Mundo. A Emenda Parlamentarista no Brasil*, São Paulo, 1961; Sílvio Santos Faria, *A Emenda Parlamentarista*, Bahia, 1954; Raul Pila, *Emenda Parlamentarista*, Rio de Janeiro, 1950; Waldemar de Almeida Barbosa, *A Câmara dos Deputados e o Sistema Parlamentar de Governo*, Rio de Janeiro, 1977; Vicente Ráo, *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*, São Paulo, 1966; Orlando Bitar, *Origem e Evolução do Sistema Parlamentar de Governo, na Inglaterra e no Continente Europeu*, 1963; e *Organização e Programas Ministeriais – Regime Parlamentar, Império*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1962.

O presidencialismo – O presidencialismo acompanha, no Brasil, a forma republicana de governo, desde que esta se implantou com a queda do Império, salvo, conforme vimos, o ligeiro interregno parlamentarista do Ato Adicional de 2.9.1961. No entanto, durante tão longa vigência do modelo presidencial, as monografias de análise e crítica específica ao tema são relativamente escassas.

Escreveram sobre o presidencialismo, entre outros: Medeiros e Albuquerque, *O Regime Presidencial no Brasil*, Rio de Janeiro, 1914; J. F. de Assis Brasil, *Do Governo Presidencial na República Brasileira*, Rio de Janeiro, 1934; Manuel Duarte, *Carlos Peixoto e seu Presidencialismo*, Rio de Janeiro, 1918; Aurelino Leal, *O Parlamentarismo e o Presidencialismo no Brasil*, Rio de Janeiro (s/d); Tancredo Vasconcelos, *Presidencialismo e Parlamentarismo*, Rio de Janeiro, 1937; José Loureiro Jr., *Parlamentarismo e Presidencialismo*, São Paulo, 1962; Afonso Arinos de Melo Franco e Raul Pila, *Presidencialismo ou Parlamentarismo?*, Rio de Janeiro, 1958; A. Machado Paupério, *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial*, Rio de Janeiro, 1956; Álvaro Ferreira Costa, *O Poder do Presidente da República*, Fortaleza, 1947; Otto Gil, *O Poder Legiferante do Presidente da República*, separata jurídica, Rio de Janeiro, 1973; Oswaldo Trigueiro, "Os poderes do Presidente da República", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1954, e "O novo presidencialismo", in *As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio de Janeiro, 1976; Abelardo Fernando Montenegro, *Presidencialismo, Parlamentarismo e Patriarcalismo*, Fortaleza, 1952.

O "impeachment" – O *impeachment*, o remédio por excelência do presidencialismo para remover do poder os presidentes incursos em crimes de responsabilidade, não teve em nosso Direito Constitucional, nem tampouco na vida política doutros países que seguiram o modelo institucional dos Estados Unidos, a aplicação que dele esperavam os seus defensores teóricos, sendo primeiro um ativador de crises e colapsos da legalidade do que, em verdade, um instrumento de restauração da verdade constitucional lesada pelos abusos pessoais do primeiro magistrado da Nação.

Até mesmo naquele país sua aplicação traumatizante sempre tem deixado seqüelas na vida das instituições, constituindo, portanto, um remédio anormal para estados anormais. Seu emprego ocorre menos com o fim de tolher crises do que de precipitar-lhes o desfecho, com perturbação e danos para o prestígio do regime. A muitos publicistas, inclusive ao nosso Rui Barbosa, afigurava-se ele um meio anacrônico de debelar convulsões e crises provocadas pelos crimes políticos do Presidente.

Abandonado já nos primórdios do sistema parlamentar inglês, que encontrou, com o parlamentarismo, melhores técnicas de preservação da autoridade legal dos governantes, o *impeachment* prosperou teoricamente graças ao presidencialismo, quando este o incorporou às suas técnicas institucionais mais características, embora seu emprego raríssimo e, em geral, tempestuoso lhe tenha reduzido o préstimo e alcance, fazendo-o em alguns países, como o nosso, um instrumento já obsoleto do Direito Constitucional clássico. Todavia, nos Estados Unidos, o seu bem-sucedido emprego como arma parlamentar de pressão conduziu o Presidente Nixon à renúncia, antecipando, com o sacrifício voluntário do respectivo mandato, o desfecho incerto da crise entre o Executivo e o Congresso, em conseqüência do episódio de Watergate.

Em razão de serem designadamente escassos os trabalhos sobre *impeachment* na bibliografia brasileira, vamos arrolar, contrariando a norma estabelecida no presente levantamento, não só livros, senão também artigos e pareceres, estampados em revistas jurídicas do País. Vejamos as principais contribuições: Mário Lessa, *Da Responsabilidade do Presidente da República – O "Impeachment" no Direito Brasileiro*; Lauro Nogueira, *O "Impeachment", especialmente no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1947; Paulo Brossard de Sousa Pinto, *O "Impeachment"*, Porto Alegre, 1965; Laudelino Freire, *Um Caso de "Impeachment"*, Rio

de Janeiro, 1918; os pareceres de Clóvis Bevilacqua, Afonso Celso, Paulo de Lacerda e Epitácio Pessoa sobre "Natureza e caráter do *impeachment*. *Impeachment* de governadores dos Estados. Competência das Assembléias para o respectivo processo", in *Revista de Direito*, v. 42; Paulo de Albuquerque, *O "Impeachment" na Órbita Estadual*, Maceió, 1957; Raul Chaves, *Crimes de Responsabilidade*, Bahia, 1960; Paulo de Lacerda, "Poder competente para processo e julgamento do *impeachment*. O *habeas corpus* e o *impeachment*", in *Revista de Direito*, v. 42; Aurelino Leal, "O *impeachment* dos secretários de Estado perante a Constituição baiana", in *Pandectas Brasileiras*, v. V; Roberto Lyra, "Crimes de responsabilidade", in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XIV; Prudente de Moraes Filho, "O *impeachment* nas Constituições estaduais", in *Revista de Direito*, v. 45; João Oliveira Filho, "Impedimento do Presidente da República e o princípio da separação dos Poderes", parecer in *RT*, v. 169; Hélio Moraes de Siqueira, *Contribuição ao Estudo da Aplicação do "Impeachment" ao Prefeito*, Campinas, 1963; Demétrio Ciryaco Ferreira Tourinho, "O *impeachment* e o Direito Judiciário Penal", in *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, v. VIII, 1933; e Gláucio Veiga, *O "Impeachment" contra o Governador das Alagoas*, Recife, 1957.

Os partidos políticos – A bibliografia sobre partidos políticos, escassíssima durante a fase imperial, não conheceu no século XIX nenhuma contribuição de relevo. Em fins da década de 1870 apareceu em São Paulo o trabalho de Américo Brasiliense de Almeida e Melo sob o título *Os Programas dos Partidos e o 2º Império. Primeira Parte – Exposição de Princípios* (1878).

A vida partidária no Império pode, contudo, ser pesquisada em pronunciamentos e orações políticas de algumas figuras representativas do período monárquico, sobretudo durante a segunda fase, bem como nas análises deixadas por alguns historiadores constitucionais. Indicações esparsas e valiosas de subido teor crítico nos foram transmitidas por Rui, sobretudo em seus artigos de oposição à política do Império, posteriormente estampados em obra publicada sobre a queda da monarquia.

Da República de 1891 à reconstitucionalização de 1946, nenhuma obra sistemática de vulto se publicou acerca dos partidos políticos. As atenções dos publicistas estavam volvidas para outros temas, que impressionavam com mais força e intensidade a imaginação política e as correntes de opinião.

Em 1934, Antônio Moitinho Dória publicou *Males do Parlamentarismo e dos Partidos Políticos*, livro sem repercussão. Os temas partidários versados careciam de autonomia, aparecendo de envolta com os assuntos políticos mais prementes no quadro institucional do País. A ausência mesma de partidos de âmbito nacional talvez haja concorrido para que arrefecesse o interesse pelas agremiações partidárias, pulverizadas na dispersão regionalista e oligárquica, gravitando sempre ao redor de homens, e não de programas, de carismas, e não de idéias.

Mas em 1948 veio a lume a obra fundamental de um constitucionalista brasileiro, o eminente Professor Afonso Arinos de Melo Franco, que verdadeiramente inaugurou entre nós a bibliografia científica sobre o tema partidário, publicando *História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro*.

Desde a aparição dessa obra clássica e precursora, avolumaram-se consideravelmente os ensaios sobre a matéria, já hoje copiosos, tanto no campo do Direito Constitucional como da Ciência Política. Os estudos de Ciência Política que tanto hão florescido ultimamente no Brasil contribuem de forma poderosa à renovação daqueles ensaios, sendo de ressaltar sobretudo os que se fizeram em base monográfica.

Dentre os livros publicados sobre o assunto constam: Paulo Motta, *Movimentos Partidários no Brasil*, Rio de Janeiro, 1971; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas*, Belo Horizonte, 1966; Barbosa Lima Sobrinho e outros, *Sistemas Eleitorais e Partidos Políticos*, Rio de Janeiro, 1956; J. F. de Assis Brasil, *Atitude do Partido Democrático Nacional*, Porto Alegre, 1929; Joaquim Luís Osório, *Os Partidos Políticos no Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1930; Rui Barbosa, *O Partido Republicano Conservador. Documentos de uma Tentativa Baldada*, Rio de Janeiro, 1897; Alfredo Cecílio Lopes, *A Racionalização dos Partidos Políticos*, São Paulo, 1934; Orlando M. Carvalho, *A Crise dos Partidos Nacionais*, Belo Horizonte, 1950; Virgílio A. de Melo Franco, *A Campanha da UDN (1944-1945)*, Rio de Janeiro, 1946; Jorge Salis Goulart, *O Partido Libertador e seu Programa*; J. A. Pinto do Carmo, *Diretrizes Partidárias*, Rio de Janeiro, 1948; Mário Pinto Serva, *O Voto Secreto ou a Organização de Partidos Nacionais*, São Paulo (s/d); Pedro Maciel Vidigal, *PR e PSD*, Rio de Janeiro, 1957; Luiz Luisi, *Sobre Partidos Políticos, Direito Eleitoral e outros Ensaios*, Porto Alegre, 1975; e Nélson de Souza Sampaio, "Os partidos políticos na IV República", in *As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio de Janeiro, 1976.

O Poder Moderador – O estudo do Poder Moderador, em livros, artigos, pareceres e debates, foi dos temas prediletos aos constitucionalistas do Império.

Com efeito, a figura desse poder trazia a novidade fundamental da Constituição brasileira de 1824, que trasladara para o seu texto aquela brilhante criação teórica de Benjamin Constant, inspirada possivelmente num publicista quase desconhecido de fins do século XVIII: Clermont Ferrand.

O estudo sistemático do novo ramo político da soberania resultou em duas obras capitais que honram as letras jurídicas do Império: *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*, de Zacarias de Góis e Vasconcelos, e *Do Poder Moderador*, de Brás Florentino Henriques de Sousa.

O trabalho de Zacarias apareceu como opúsculo impresso em 1860, seguido de uma 2ª ed., que data de 1862, na qual o eminente Estadista fez substanciais acréscimos, com a inserção de parte dos discursos que proferiu na Câmara temporária de 1861, relacionados com o assunto do poder moderador, bem como uma análise a conceitos expendidos pelo Visconde de Uruguai no seu célebre *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (2 vs., 1862), relativos à questão da responsabilidade ministerial pelos atos do poder moderador e à fórmula corrente no parlamentarismo das realezas constitucionais de que "o rei reina e não governa".

O estudo de Brás Florentino tornou-se uma das obras de base que animam a reflexão teórica das correntes mais conservadoras do pensamento monárquico na tradição política de nosso País. A obra veio a lume no Recife, em 1864, sendo o seu autor Professor na Faculdade de Direito na então Província de Pernambuco. Posteriormente, em 1871, publicou-se na Capital pernambucana outro estudo célebre, de natureza panfletária, acerca da matéria, intitulado *A Questão do Poder Moderador*. O autor foi Tobias Barreto.[20]

Ainda sobre o Poder Moderador é útil consultarem-se algumas referências críticas contidas esparsamente nas orações parlamentares de Rui Barbosa, proferidas durante as últimas décadas do Segundo Reinado. O assunto apareceu também renovado por Borges de Medeiros, ao sugerir sua adoção no sistema republicano. A esse respeito escreveu ele o ensaio *O Poder Moderador na República Presidencial (Um Anteprojeto da Constituição Brasileira)*, publicado em 1933 no Recife.

20. O trabalho polêmico abre com estes conceitos de Tobias: "Começo por fazer uma estranha confissão. Não descubro neste assunto o que seja capaz de interessar os espíritos que, uma vez adquirindo o senso das grandes coisas, recusam pagar tributo às frivolidades do dia". A seguir: "A questão do poder moderador, a que se acham reduzidos quase todos os problemas do nosso Direito Público, serve hoje de alimento a muita ignorância e covardia política. Dir-se-ia que ela existe somente para dar à posteridade mais um testemunho, entre os muitos que devem convencê-la da pobreza e do atraso em que vivemos".

O Ato Adicional – O Ato Adicional à Constituição do Império, lavrado após a abdicação do Primeiro Imperador, fez-se objeto de alguns ensaios jurídicos concernentes a sua interpretação. Destacam-se a esse respeito as seguintes contribuições: Fausto Augusto de Aguiar, *Exposição de Algumas Questões Concernentes aos Limites e Modo de Exercício de Várias Atribuições, Conferidas pelo Ato Adicional às Assembléias Provinciais e aos Presidentes de Províncias*, Rio de Janeiro, 1964; as *Resoluções do Conselho de Estado sobre a Inteligência do Ato Adicional na Parte Relativa às Assembléias Provinciais*, publicação aparecida no Maranhão; e Paulino José Soares de Sousa, *Interpretação do Ato Adicional*, Rio de Janeiro, 1870.

A reforma eleitoral e o Direito Eleitoral – A reforma eleitoral é tema que preocupa os publicistas brasileiros desde o Império. Dos prelos da monarquia vieram a lume obras tais como: Pedro Autran da Mata e Albuquerque, *Reforma Eleitoral: Eleição Direta*, com a colaboração de vários autores, entre os quais José Joaquim de Moraes Sarmento, José Antônio de Figueiredo, João Silveira de Sousa, Antônio Vicente do Nascimento Feitosa e José Ignácio de Abreu e Lima, Recife, 1962; Tito Franco de Almeida, *Estudos e Comentários da Reforma Eleitoral*, com uma carta do Conselheiro J. T. Nabuco de Araújo e uma introdução pelo Conselheiro F. Octaviano, Rio de Janeiro, 1875; *Reforma Eleitoral – Projetos oferecidos à Consideração do Corpo Legislativo desde o Ano de 1860 até o Ano de 1870*, Rio de Janeiro, 1871; João Alfredo Correia de Oliveira, *Projeto de Reforma Eleitoral*, Rio de Janeiro, 1873; Joaquim Antônio Pinto Júnior, *Eleição Direta*, Rio de Janeiro, 1874; Francisco Belisário Soares de Sousa, *O Sistema Eleitoral no Brasil*, Rio de Janeiro, 1872; Zacarias de Góis e Vasconcelos, *Reforma Eleitoral*, Rio de Janeiro, 1876.

Na Primeira República o interesse pelo tema entra em decadência. Álvaro Moreira da Silva publica em 1895 o opúsculo *Questão Eleitoral*, seguido em 1914 do estudo crítico e de direito comparado publicado no Rio de Janeiro por Victor de Brito, e intitulado *O Sufrágio Proporcional e a Democracia Representativa*. Em 1929, João C. da Rocha Cabral lança no Rio de Janeiro o ensaio *Sistemas Eleitorais do Ponto de Vista da Representação Proporcional das Minorias*.

Depois da Revolução de 1930, ocupa-se do assunto, em conexão com o sistema representativo e os partidos políticos, o jurista Gilberto Amado na obra *Eleição e Representação (Curso de Direito Político)*, publicada em 1931 no Rio de Janeiro e reeditada em 1946, na mesma cidade.

Com a vigência da Constituição de 1946, a matéria eleitoral principia novamente a interessar constitucionalistas e mestres do Direito Político, ocorrendo então, desde aquele ano, a aparição dos seguintes trabalhos: Víctor Nunes Leal, *Coronelismo, Enxada e Voto*, Rio de Janeiro, 1948; Barbosa Lima Sobrinho, "O Direito Eleitoral e a Constituição de 1946", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1954; J. C. de Matos Peixoto, "Histórico da Legislação Eleitoral Brasileira desde o Império", in *Revista Eleitoral*, v. V, n. 3, 1952; Ruy Bloen, *A Crise da Democracia e a Reforma Eleitoral*, São Paulo, 1954; Arnaldo Malheiros e Geraldo da Costa Manso, *Legislação Eleitoral e Organização Partidária*, São Paulo, 1955; e José Joaquim da Fonseca Passos, *Considerações sobre o Sistema Eleitoral Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1957; Themístocles Brandão Cavalcanti e outros, *O Voto Distrital no Brasil*, Rio de Janeiro, 1975; Ivo Dantas, *O Voto do Analfabeto (Considerações Jurídico-Constitucionais sobre)*, Recife, 1968.

Com relação ao Direito Eleitoral a bibliografia brasileira é manifestamente escassa. Em 1935, Domingos Velasco publicou no Rio de Janeiro *Direito Eleitoral*. Em 1954, Barbosa Lima Sobrinho lançou "O Direito Eleitoral e a Constituição de 1946", in *Estudo sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro. Em 1964, o Ministro Edgard Costa, ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, publicou pelo Departamento de Imprensa Nacional, *A Legislação Eleitoral Brasileira (Histórico, Comentários e Sugestões)*. Desse mesmo ano é *Teoria e Prática do Código Eleitoral Vigente*, Rio de Janeiro, 1954.

Dentre as obras recentes de Direito Eleitoral contam-se o *Manual Prático de Direito Eleitoral*, de Luís Pinto Ferreira; o *Direito Eleitoral*, de Fávila Ribeiro, um dos mais completos trabalhos existentes sobre o assunto; Elcias Ferreira da Costa, *Compêndio de Direito Eleitoral*, São Paulo, 1978; e Antônio Tito Costa, *Recursos em Matéria Eleitoral*, São Paulo, 1968.

A Reforma Constitucional – Desde o Império, a reforma da Constituição tem figurado entre os temas centrais do Direito Constitucional, sendo numerosíssima a bibliografia que já se estampou a esse respeito. Senão, vejamos: João Arruda, *Reforma Constitucional*, São Paulo, s/d; *Reforma Constitucional*, textos de emendas propostas publicados pela

Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro, 1925; *Revisão Constitucional – 1924, 1925, 1926*, 3 vs. da Coleção Documentos Parlamentares, Rio de Janeiro, 1927-1928; Castro Nunes, *A Jornada Revisionista*, Rio de Janeiro, 1924; Artur Breves, *A Revisão da Constituição Federal de 24 de fevereiro*, São Paulo, 1901; Araújo Castro, *A Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro, 1924; Inocêncio Serzedelo Correia, *A Revisão Constitucional*, Rio de Janeiro, 1904; Franklin Dória – o Barão de Loreto, *Discurso sobre a Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro, 1879; Moniz Freire, *O Voto Secreto e a Revisão Constitucional*, Rio de Janeiro, 1910; Adolpho Gordo, *Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro, 1926; Filipe Franco de Sá, *A Reforma da Constituição*, Rio de Janeiro, 1880; João Santos, *Revisão Constitucional*, Bahia, 1926; *Reforma Constitucional*, coleção de importantes pareceres emitidos, entre outros, por Carvalho de Mendonça, Ubaldino do Amaral, Afonso Celso, Inglês de Sousa, Arthur Orlando, Viveiros de Castro, Coelho Rodrigues e Clóvis Bevilacqua, São Paulo, 1911 e *Estudos Histórico-Políticos; As Reformas Constitucionais*, São Paulo, 1879; Nélson de Sousa Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia, 1954, tese que lhe possibilitou o acesso à cátedra e sem dúvida o melhor trabalho sobre o assunto na literatura jurídica brasileira. Em 1966, em Brasília, publicou o Professor Afonso Arinos um trabalho parlamentar intitulado *A Reforma Constitucional de 1966*.

O estado de sítio – O estado de sítio desponta como um dos temas constitucionais que estiveram mais em voga durante a Primeira República. A essa larga fase pertencem alguns trabalhos importantes escritos sobre o assunto, debatido também com freqüência na imprensa política pelos nossos publicistas, principalmente ao ensejo das grandes crises políticas que envolveram o texto constitucional de 1891, durante os períodos emergenciais de governo forte e ditadura, quando graves ameaças pesavam sobre as liberdades públicas, e o Poder Central, tendo recurso a esse remédio da Constituição, não raro transpunha as raias da moderação no seu emprego para praticar abusos clamorosos, quase sempre repreendidos com veemência das tribunas do corpo legislativo.

Vejamos alguns estudos de nossa literatura jurídica acerca do estado de sítio: Francisco Sá Filho, *O Estado de Sítio e a sua Regulamentação*, Rio de Janeiro, 1928; Tarquínio Bráulio de Sousa Amaranto, *O Estado de Sítio*, 1895; José Manuel de Azevedo Marques, "O Estado de Sítio, na Constituição e na sua Reforma", in *Cinco Estudos*, 1926; Maurício de Lacerda, *História de uma Covardia*, em que o autor se ocupa do estado de sítio na Constituição de 1891 e na reforma constitucio-

nal de 1926, Rio de Janeiro, 1927; Leovigildo Amaro Filgueiras, *Estado de Sítio*, Bahia, 1892; João Luís Alves, *O Estado de Guerra e o Estado de Sítio*, Rio de Janeiro, 1917; Pedro Joaquim Lessa dos Santos, *O Judiciário e o Sítio*, Rio de Janeiro, 1934; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Estado de Sítio*; e, finalmente, a abundante matéria acerca dessa medida contida nos sete primeiros volumes da Coleção Documentos Parlamentares do Congresso Nacional publicados de 1912 a 1917, tendo uma nova série desses Documentos, especificamente sobre o estado de sítio, sido publicada em 10 vs. no Rio de Janeiro, em 1925.

O "habeas corpus" – Ponto alto da contribuição doutrinária do País no campo do Direito Constitucional é aquele relativo ao *habeas corpus*, esse afamado instituto de origem inglesa, que teve no Brasil uma aplicação larga e peculiar, convertendo-se na história constitucional da República de 1891 em recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes políticos, sobretudo durante as fases mais obscurantes de repressão e atentados ao espírito da Constituição.

Foi Rui Barbosa o Mestre por excelência de sua teorização e elasticidade aplicativa, inspirando as grandes decisões jurisprudenciais que constituem o lastro da originalíssima doutrina sobre o *habeas corpus* construída pelos nossos magistrados e juristas.

Relativamente ao *habeas corpus* há portanto farta bibliografia: José Martiniano de Alencar, *Questão de "Habeas Corpus"*, Rio de Janeiro, 1868; Tristão de Alencar Araripe, *"Habeas Corpus"* (manuscrito), s/d; José Tavares Bastos, *O "Habeas Corpus" na República*, em seu tempo uma das obras mais completas de legislação, comentário, jurisprudência e formulários acerca desse remédio constitucional, publicada no Rio de Janeiro e Paris, em 1911; Marcelino da Gama Coelho, *Do "Habeas Corpus"*, Rio de Janeiro, 1900; Luiz Antônio Correia, *O "Habeas Corpus" no Estado do Amazonas*, Manaus, 1906; José Augusto Meira Dantas, *Os Casos dos "Habeas Corpus" e a Autonomia Municipal*, 1918; Adauto Fernandes, *O "Habeas Corpus" no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942; Luís Manuel de Albuquerque Galvão, *"Habeas Corpus"*, Rio de Janeiro, 1879; Aureliano Cândido de Oliveira Guimarães, *O "Habeas Corpus"*, São Paulo, 1925; J. M. de Azevedo Marques, *Cinco Estudos*, São Paulo, 1926; Abdon de Melo, *"Habeas Corpus"*, Porto Alegre, 1933; Eloy Coelho Neto, *A Garantia Constitucional do "Habeas Corpus"*, São Paulo, 1954; Pontes de Miranda, *História e Prática do "Habeas Corpus"*, talvez a produção sistemática e a exposição histórica de mais alto merecimento que já se escreveu neste País sobre o assunto, Rio de Janeiro, 1916, com sucessivas edições desde 1951; Gilda Russomano, *O "Habeas Corpus": sua Esfera de Aplicação*, Pelotas, 1949; Alberto Veiga, *"Habeas Corpus" a Favor da Banida Família Imperial Brasileira*, Lisboa, 1913.

O mandado de segurança – Desde a Constituição de 1934 existe no Brasil esse novo instituto de proteção dos direitos individuais: o mandado de segurança, acerca do qual escreveram abundantemente constitucionalistas e processualistas de renome.

As principais obras publicadas são: Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança e outros Meios de Defesa do Direito Contra os Atos do Poder Público*, São Paulo, 1937; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, São Paulo, 1948; Luís Eulálio Bueno Vidigal, *Mandado de Segurança*, São Paulo, 1953; José Maria Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, Recife, 1952; Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1960; Sérgio S. Fadel, *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1966; Pires Chaves, *Competências em Mandado de Segurança*; e Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, 1967; e Celso Ribeiro Bastos, *Do Mandado de Segurança*, São Paulo, 1978.

O federalismo – É copiosa a bibliografia nacional sobre o federalismo, um dos temas que nunca saíram do círculo de nossos problemas constitucionais, em todos os períodos da existência política do País, desde o Primeiro Reinado.

Escreveram, entre outros, sobre matéria federativa: João Mendes Júnior, *Soberania, Autonomia, Federação*, São Paulo, 1911; Ernesto Leme, *O Artigo 63 da Constituição*, São Paulo, 1926; Levi Carneiro, *Federalismo e Judiciarismo*, Rio de Janeiro, 1930; Josaphat Marinho, *Os Poderes Remanescentes na Federação Brasileira*, Bahia, 1954; Renato Pais de Barros, *Do Regime Federal*, São Paulo, 1940; Pedro Calmon, *As Federações e o Brasil*, Rio de Janeiro; Joaquim Francisco de Assis Brasil, *A República Federativa*, Rio de Janeiro, 1881; Amaro Cavalcanti, *Regime Federativo e a República Brasileira*, Rio de Janeiro, 1900; Antônio de Sampaio Dória, *Os Estados da Federação Brasileira Podem Julgar-se no Gozo da Soberania?*, tese de concurso, São Paulo, 1919; Augusto César Lopes Gonçalves, *O Regime Federativo-Presidencial*, Rio de Janeiro, 1918; Reinaldo Porchat, *Posição Jurídica dos Estados Federados perante o Estado Federal*, São Paulo, 1897; Silvio H. Martins Teixeira, *Regime Federativo*, Rio de Janeiro, 1938; Oswaldo Trigueiro, *A Descentralização Estadual*, Rio de Janeiro, 1943; Themístocles B. Cavalcanti, "O Sistema Federal", in *Quatro Estudos*; Paulo

Bonavides, "O planejamento e os organismos regionais como preparação a um Federalismo das Regiões", e "O Federalismo e a necessidade de uma revisão da forma de Estado", in *Reflexões: Política e Direito*, Fortaleza, 1973; Alfredo Buzaid, *O Estado Federal Brasileiro*, Brasília, 1971; Raul Machado Horta, *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1964; José Luiz de Anhaia Melo, *O Estado Federal e suas Novas Perspectivas*, São Paulo, 1960; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Natureza Jurídica do Estado Federal*, São Paulo, 1948; Carlos Medeiros Silva, "A evolução do Regime Federativo", in *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro, 1955; Angélica S. Ximenes, *Da Organização Federativa Brasileira*, Fortaleza, 1971; Lêda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal: Defesa do Federalismo, 1899-1910*, Rio de Janeiro, 1965-1968, 2 vs.; João Camillo de Oliveira Torres, *A Formulação do Federalismo no Brasil*, São Paulo, 1961; e Rosa Maria Godoy Silveira, *Republicanismo e Federalismo – Um Estudo da Implantação da República Brasileira (1889-1902)*, Brasília, 1978.

O Poder Constituinte – O Poder Constituinte, apesar de ser um dos mais velhos temas do Direito Constitucional, somente de último, após as crises de legitimidade que o Poder tem atravessado no País, sobretudo a partir de 1964 e da outorga dos Atos Institucionais, impostos como expressão de força e não de direito, é que vem produzindo em nossa literatura jurídica contribuições originais, sendo as mais freqüentes em forma de artigo e, as mais raras, de teor monográfico. O estudo precursor é de Nelson Nogueira Saldanha, aparecido no Recife em 1957. Intitula-se *O Poder Constituinte – Tentativa de Estudo Sociológico e Jurídico*. Cerca de 20 anos depois, Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreveu e publicou em 1974 o *Direito Constitucional Comparado I – O Poder Constituinte* e José Carlos Toseti Barrufini, *Revolução e Poder Constituinte*, São Paulo, 1976.

O controle de constitucionalidade – O controle da constitucionalidade das leis entrou na bibliografia brasileira de Direito Constitucional nas últimas décadas, continuando porém escassas as contribuições de importância sobre a matéria. O tema, contudo, tem provocado de último forte interesse entre os nossos juristas, nomeadamente os constitucionalistas.

O primeiro estudo clássico e sistemático na literatura jurídica nacional acerca do controle apareceu em 1949, de autoria de C. A. Lúcio Bittencourt, intitulado *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. A seguir, surgiram outros trabalhos: Themístocles B. Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, 1966; Raul Machado Horta, *O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar*, Belo Horizonte, 1953; Loureiro Júnior, *Da Constitucionalidade das Leis*, São Paulo, 1949; Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1958; José Luiz de Anhaia Mello, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição – As Cortes Constitucionais*, São Paulo, 1968. É clássico no Direito Constitucional da República de 1891 o trabalho de Rui Barbosa intitulado *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro, 1893.

A história constitucional do Brasil – A história constitucional do Brasil conta com algumas obras fundamentais de eminentes juristas e historiadores políticos do Império e da República, desde os ensaios estampados sobre a Constituinte de 1823. Dentre estes um dos mais célebres é *A Constituinte Perante a História*, do Barão Homem de Melo, livro que veio a lume no Rio de Janeiro em 1863. Ocupou-se também do tema, já neste século, Rodrigo Octávio, que em 1932 publicou no Rio de Janeiro *A Constituinte de 1823 (Sua Obra Legislativa)*.

O trabalho mais recente sobre o tema é de José Honório Rodrigues e se intitula *A Assembléia Constituinte de 1823*, publicada em Petrópolis, 1974, sob os auspícios da Câmara dos Deputados, em comemoração ao Sesquicentenário da instalação do Poder Legislativo no Brasil.

Dentre as obras gerais, consideram-se clássicos os seguintes trabalhos: Felisbelo Freire, *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, publicado em 1894, em 3 vs., no Rio de Janeiro; Aurelino Leal, *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, 1915; e Agenor de Roure, *Formação Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, 1914; Milton Barcelos, *Evolução Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, 1933; Clóvis Bevilacqua, *Ligeiras Considerações sobre a Formação Constitucional do Brasil*, Niterói, 1931; e Waldemar Ferreira, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, 1954.

O período constitucional compreendido entre 1840 e 1848 foi objeto, em 1870, de uma obra de autoria de José de Carvalho Melo Matos, denominada *Páginas da História Constitucional do Brasil*, publicada em 1870, no Rio de Janeiro. Um livro que se refere unicamente à história constitucional de um Estado-membro da Federação é a *História Constitucional do Rio Grande do Sul*, por Victor Russomano, lançado em Pelotas, em 1932. É também de leitura útil o estudo *Pressupostos da Evolução Política do Brasil*, de Hildebrando Espínola, Fortaleza,

1958. Valioso é por igual *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, obra coletiva publicada por iniciativa da Câmara dos Deputados. Enfeixa conferências sobre todas as Constituições brasileiras, desde a do Império, que é analisada por Afonso Arinos de Melo Franco. Outras contribuições recentes: *História Constitucional da Paraíba*, de Flávio Satyro Fernandes, João Pessoa, 1985; e *História Constitucional do Brasil*, de Bonavides/Andrade, 1989.

São obras de larga importância para a compreensão do fenômeno constitucional brasileiro, tanto nas suas raízes políticas como no seu aspecto histórico, entre outras: Oliveira Vianna, *O Idealismo da Constituição*, Rio de Janeiro, 1927 e *Instituições Políticas Brasileiras*, São Paulo, 1949, 2 vs.; Cezar Saldanha Souza Júnior, *A Crise da Democracia no Brasil (Aspectos Políticos)*, Rio de Janeiro, 1978; Octávio Tarquínio de Sousa, *Três Golpes de Estado*, Rio de Janeiro, 1957; Bernardo Pereira de Vasconcelos, *Manifesto Político e Exposição de Princípios*, 1º v. da Coleção Bernardo Pereira de Vasconcellos, publicada pelo Senado Federal em co-edição com a Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1978.

Os direitos humanos e as Declarações de Direitos – Não é das mais extensas a bibliografia do Direito Constitucional brasileiro acerca dos direitos humanos (individuais e sociais) e respectivas Declarações. O assunto tem sido mais ventilado através de artigos estampados em publicações periódicas de Direito Público ou de Ciência Política. Contudo, é possível enumerar algumas monografias: Antônio José de Araújo, *A Liberdade e sua Tutela Jurídica*, Bahia, 1916; Sampaio Dória, *Os Direitos do Homem*, São Paulo, 1942; e Gilberto Osório, *A Supraconstitucionalidade da Declaração de Direitos*, Recife, 1946.

As imunidades parlamentares – Merecia o instituto da imunidade parlamentar ter no Direito Constitucional brasileiro uma bibliografia especializada menos deficiente. Com efeito, são escassíssimas as contribuições monográficas e no entanto ao redor desse princípio lavrou a trágica crise parlamentar de 1968, que redundou na edição do AI-5, cujo advento fez ruir desde os frágeis alicerces o Estado de Direito da Constituição de 1967. É o célebre episódio da cassação do mandato do deputado Márcio Alves.

Os sistemas constitucionais modernos, de inspiração autoritária, têm insistido em alterar os fundamentos clássicos da imunidade, abraçando-se a conceitos cerebrinos de uma doutrina de segurança do poder e do regime político, que contrafaz os postulados democráticos e

ao mesmo passo tolhe o exercício da palavra livre nas tribunas parlamentares. Uma casa da representação nacional sem imunidade parlamentar seria já o cemitério político da soberania popular.

Com respeito à imunidade parlamentar, temos na bibliografia nacional: Alcino Falcão, *Da Imunidade Parlamentar*, Rio de Janeiro, 1955; Andrade Lima Filho, *Em Defesa das Imunidades Parlamentares*, Recife, 1951, e *Teoria e Prática da Imunidade*, Recife, 1952.

Capítulo 2

A CONSTITUIÇÃO

1. A Constituição. 2. O conceito material de Constituição. 3. O conceito formal. 4. As Constituições rígidas e as Constituições flexíveis. 5. As Constituições costumeiras e as Constituições escritas. 6. As Constituições codificadas e as Constituições legais. 7. As Constituições outorgadas, as Constituições pactuadas e as Constituições populares. 8. Constituições concisas e Constituições prolixas.

1. A Constituição

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico ou seja relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição *política*, isto é, a Constituição do Estado, objeto aqui de exame.

Mas por esse aspecto, urge ainda distinguir no termo Constituição duas acepções. Omitidas, obscureceriam o entendimento dessa noção capital do Direito Público e da Ciência Política e que são respectivamente o conceito material e o conceito formal de que a Constituição se reveste.

2. O conceito material de Constituição

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição.

Debaixo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja. Foi essa a lição de Lassalle, há mais de cem anos, quando advertiu, com a rudeza de suas convicções socialistas e a fereza de seu método sociológico, buscando sempre desvendar a essência das Constituições, que uma Constituição em sentido real ou material todos os países, em todos os tempos, a possuíram. E acrescentou: "O que portanto é realmente peculiar à época moderna não são as Constituições materiais – importantíssimo ter isto sempre em mente – mas as Constituições escritas, as folhas de papel".[1]

Quando Prélot definiu a Constituição como "o conjunto de regras mediante as quais se exerce e transmite o poder político", ele estava enunciando também o conceito material de Constituição, acerca do qual já Kelsen escrevera com toda a clareza. Disse o jurista da chamada Escola de Viena que por Constituição em sentido material se entendem as normas referentes aos órgãos superiores e às relações dos súditos com o poder estatal.[2]

Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*.

3. O conceito formal

As Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.

Entra essa matéria pois a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional. De certo tal não aconteceria se ela houvesse sido deferida à legislação ordinária. O paradoxo maior acontece porém nos sistemas de Constituição formal ou rígida, onde copiosa matéria de índole constitucional pode ficar excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária.

1. "Eine wirkliche Verfassung oder Konstitution also hat jedes Land und zu jeder Zeit gehabt. Was also der modernen Zeit wirkliche eigentümlich ist, das sind – es ist sehr wichtig, dies stets aufs shärfste festzunhalten – nicht die *wirklichen* Verfassungen, sondern die *geschriebenen* Verfassungen, oder das *Blatt Papier*" (Lassalle, *Über Verfassungswesen*, s/d, p. 27).

2. Hans Kelsen, *Teoria General del Estado*, p. 330.

São excelentes e numerosos os exemplos que em nosso Direito Constitucional positivo aponta, com lúcida percepção do fenômeno, o insigne Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Esses documentos legislativos com força constitucional são parte da Constituição material em sua acepção mais ampla, que transcende o texto rígido oriundo da vontade constituinte e a ele obviamente se prende, de uma forma indireta e mediata. Sendo obra do legislador ordinário, não entraram todavia no corpo da Constituição e dela formalmente não fazem parte.

O contrário também ocorre. Com efeito, disposições de teor aparentemente constitucional penetram por sua vez na Constituição, mas apenas de modo impróprio, *formalmente*, e não *materialmente*, visto que não se reportam aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade.[3]

Mas uma vez postas na Constituição, tais normas – repetimos – embora não sejam *materialmente* constitucionais, somente poderão suprimir-se ou alterar-se mediante um processo diferente, mais solene e complicado (maioria qualificada, votação repetida em legislaturas sucessivas, ratificação pelos Estados-membros em algumas organizações federativas, conforme a prescrição constitucional etc.).

Essa forma *difícil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta pois da *forma fácil* empregada na feitura da legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*.

Diz Kelsen, enunciando o conceito formal de Constituição: "Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma".[4] Decorre assim do conceito formal de Constituição, segundo Kelsen, a distinção entre a legislação ordinária e a legislação constitucional.

Cumpre ainda atentar na seguinte ponderação de um abalizado constitucionalista: "Essa diversidade de órbitas entre o que é constitucional só na esfera formal e aquilo que o é em sentido substancial, logicamente só se produz nas Constituições escritas, desde que, nas consuetudinárias, unicamente a interpretação racional determina quais as regras do sistema jurídico que têm caráter constitucional".[5]

3. Afonso Arinos de Melo Franco, *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, pp. 145 a 158.

4. *Teoria General del Estado*, ob. cit., p. 330.

4. *As Constituições rígidas e as Constituições flexíveis*

Na célebre classificação de Lord Bryce as Constituições são rígidas ou flexíveis.[6]

Rígidas, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene.[7] Quase todos os Estados modernos aderem a essa forma de Constituição, nomeadamente os do espaço atlântico. Variável, porém, é o grau de rigidez apresentado. Certos autores chegam até a falar em Constituições rígidas e semi-rígidas.

Constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma. Podem, por conseguinte, ser emendadas ou revistas pelo mesmo processo que se emprega para fazer ou revogar a lei ordinária. País típico de Constituição flexível é a Inglaterra, onde "as partes escritas de sua Constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária" (Barthélemy).

A flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas Constituições costumeiras como nas Constituições escritas. Erro, portanto, é cuidar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. A velha Constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel etc.). Citam especialmente o caso da anulação do testamento de Luís XIV, que alterava a lei de sucessão do trono e, fora feito pelo rei, sem audiência dos Estados Gerais, no exercício de uma função legislativa ordinária. Veio depois o testamento a ser cassado pelo Parlamento de Paris. Com esse ato comprovou ele a rigidez e superioridade do costume constitucional.

A identificação descabida da Constituição flexível com a Constituição costumeira decorre sem dúvida do exemplo constitucional inglês, exemplo típico de uma Constituição flexível, na qual tanto a regra

5. Alejandro Silva Bascuñan, *Tratado de Derecho Constitucional – Principios*, p. 66.

6. *Studies in History and Jurisprudence*, v. 1, "Essay 3".

7. Dicey, *Law of the Constitution*, 10ª ed., pp. 126 e ss. e 146/150.

constitucional costumeira como a regra constitucional escrita são feitas e reformadas no Parlamento por idêntico processo aplicável à feitura e revogação da lei ordinária, ou seja, um processo de expressão da vontade parlamentar por maioria simples.

5. *As Constituições costumeiras e as Constituições escritas*

Até os fins do século XVIII preponderavam as Constituições costumeiras, sendo raras as leis constitucionais escritas, isto é, as leis postas em documentos formais.

As Constituições costumeiras ou consuetudinárias, fundadas no costume constitucional, cujos traços característicos declinamos no capítulo anterior, coincidem historicamente, em larga parte, com a presença de regimes absolutistas.

Antecedem, pois, os modernos sistemas políticos de limitação interna do poder soberano em cada Estado, tendo logrado a preferência dos que, aferrados conservadoramente à teoria contra-revolucionária do começo do século XIX, impugnaram o constitucionalismo liberal, cuja doutrina inspirou a aparição das Constituições escritas.

Denotando simpatia pela Constituição costumeira e criticando sobretudo a Constituição escrita, De Bonald, citado por Xifra Heras, pondera: "Não se pode escrever a Constituição, pois a Constituição é existência e natureza, e não se pode escrever nem a existência nem a natureza", ao mesmo passo que De Maistre, igualmente lembrado por aquele constitucionalista, asseverava com alguma dose de ironia: "Não se faz uma Constituição como um relojoeiro faz um relógio".[8]

Na época contemporânea inexistem Constituições totalmente costumeiras, semelhantes àquela que teve a França no *ancien régime*, antes da Revolução Francesa de 1789, ou seja, "uma complexa massa de costumes, usos e decisões judiciárias" (Barthélemy).

Há também Constituições parcialmente costumeiras, quais a da Inglaterra, cujas leis abrangem o direito estatutário (*statute law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*Parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*).[9]

Por outra parte deparam-se-nos Constituições complementadas em sua aplicação pelo costume, quais as Constituições escritas de certos países, onde o elemento consuetudinário entra igualmente como fator auxiliar e subsidiário importantíssimo para completar e corrigir o texto constitucional lacunoso ou suprir, pela interpretação, partes obscuras e controversas da Constituição.

8. Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, 2ª ed., pp. 78/79.
9. O. Hod Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 3ª ed., p. 23.

Assim ocorre com a Constituição norte-americana, acerca da qual escreve Carl J. Friedrich, o constitucionalista de Harvard: "Algumas das principais normas constitucionais dos Estados Unidos, que definem as peculiaridades de sua organização política, não estão escritas na Constituição de 1787 nem nas emendas aprovadas posteriormente – por exemplo, a doutrina da revisão judicial, que permite aos tribunais decidir da constitucionalidade dos atos realizados pelos outros poderes – assim como os distintos aspectos do funcionamento dos partidos políticos. E também as normas escritas têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro".[10]

De sorte que, a este aspecto, onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo portanto de desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda a força e energia na ambiência sensível da vida.

As Constituições costumeiras recebem também a denominação de Constituições não escritas, embora possa haver costumes redigidos, como na França da realeza absoluta (Vedel).

Estabelecendo a distinção entre Constituições escritas e Constituições costumeiras, afirma Mario González: "Pode dizer-se que Constituições escritas são aquelas que foram promulgadas pelo órgão competente; Constituições não escritas ou consuetudinárias aquelas que a prática ou o costume sancionaram ou impuseram".[11]

Quanto às Constituições escritas, foram em parte o fruto das lutas políticas inglesas que redundaram no triunfo parlamentar e, por outra parte, o produto doutrinário do contrato social de Rousseau, que levou à crença de que era "mais adequado concretizar em um pacto ou contrato as normas de convivência entre governantes e governados". Dessa forma nasceu "a idéia da Constituição escrita, do pacto ou estatuto fundamental posto no papel e sancionado pela autoridade" (Mario González).

A primeira Constituição escrita que apareceu no mundo, em bases modernas, ou seja, dotada de caráter "nacional e limitativo" foi, segundo Esmein, o "Instrument of Government", promulgado por Cromwell a

10. Carl J. Friedrich, in *La Nueva Constitución de Puerto Rico*, pp. 44/45.
11. Mario Bernaschina González, *Constitución Política y Leyes Complementarias*, 2ª ed., p. 78.

16 de dezembro de 1633, na Inglaterra. Continha esse instrumento de governo 42 artigos, servindo depois de padrão ao constitucionalismo americano de ascendência inglesa, conforme ponderou aquele publicista. Tornou-se então "o protótipo da Constituição dos Estados Unidos".[12]

A Constituição escrita logrou tamanho prestígio que a palavra Constituição, conforme observa Barthélemy, se empregava no século passado com mais freqüência, senão unicamente para designar aquela espécie de Constituição.

Ficara assim a Constituição costumeira relegada a plano tão secundário que Tocqueville, na sua obra clássica sobre a democracia americana, asseverava não possuírem os ingleses uma Constituição.[13] O que Tocqueville queria dizer, segundo refere Barthélemy, era simplesmente que a Inglaterra, ao contrário da França e dos Estados Unidos, "não possuía um documento solenemente promulgado, encerrando o corpo das regras constitucionais".[14]

Demais, cumpre lembrar que o termo Constituição, consagrado pela linguagem política e jurídica para nomear de início apenas as Constituições escritas, fora desconhecido "antes do século XVII, pois as leis qualificadas como constitucionais se denominavam então *leis fundamentais* ou *leis políticas*".[15]

A primazia das Constituições escritas sobre as Constituições costumeiras ou consuetudinárias tem sido fortemente sustentada por vários constitucionalistas.

Decorre, entre outras, das seguintes razões, historicamente comprovadas ou reconhecidas, conforme assinalam textualmente Esmein e Garcia Pelayo: a) a crença na superioridade da lei escrita sobre o costume; b) a imagem de que a Constituição simbolicamente renova com toda a solenidade o contrato social; e, finalmente, c) o sentimento concebido, desde o século XVIII, de que não há melhor instrumento de educação política do que o texto de uma Constituição.[16]

Enfim, segundo Burdeau, a Constituição escrita reúne clareza, certeza, precisão de conteúdo. Acrescenta o mesmo autor: "No documento

12. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. I, cap. VI, p. 160.

13. Joseph Barthélemy e Paul Duez, *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, p. 188.

14. Rafael Riveau, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, p. 21.

15. Esmein, *Éléments du Droit Constitutionnel*, t. I, pp. 564/565.

16. Alejandro Silva Bascuñan, *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 62.

se consignam com precisão o estatuto dos governantes e o âmbito dos direitos dos governados, com tal força obrigatória, que a atividade do governante e a dos indivíduos e grupos integrantes do Estado têm que cingir-se à pauta nele fixada".[17]

De acordo com excelente observação de Garcia Pelayo, a Constituição escrita é a única que corresponde a um conceito racional de Constituição. Seus traços de primazia sobre a forma costumeira se resumem no seguinte: "Sendo direito escrito, oferece a maior soma de garantias de racionalidade frente a irracionalidade do costume, permite a adoção de uma ordem objetiva e permanente em face da mobilidade e transitoriedade de situações objetivas e proporciona, justamente por ser direito escrito, segurança aos governados contra a arbitrariedade dos governantes".

Não faltam, contudo, pensadores que ainda aludem à preeminência das Constituições costumeiras sobre as Constituições escritas.

Alinham entre outros os seguintes argumentos: "A fiel e permanente concordância entre a norma fundamental e a realidade chamada a reger" e principalmente "a flexibilidade e versatilidade" de conteúdo das Constituições costumeiras, "sempre dispostas a adaptar-se às necessidades mutáveis dos fatos sociais" (Bascuñan).

6. *As Constituições codificadas e as Constituições legais*

As Constituições escritas se apresentam tecnicamente debaixo de duas formas: Constituições codificadas, de adoção mais freqüente, e Constituições legais, de ocorrência mais rara.

Constituições codificadas são aquelas que se acham contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei.

A Constituição codificada compreende, em boa técnica, as seguintes partes: o Preâmbulo, a parte introdutória, a parte orgânica, a parte dogmática e uma parte de disposições gerais ou finais, acrescida não raro de algumas disposições transitórias (Xifra Heras).

No Preâmbulo, via de regra, faz o legislador constituinte sumária profissão de fé nos altos princípios da liberdade, da justiça e do regime democrático, invocando às vezes a proteção de Deus. O consórcio do

17. Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, ob. cit., p. 79.

sentimento político com o sentimento religioso verifica-se, por exemplo, no Preâmbulo da Constituição brasileira.

A parte introdutória insere normalmente disposições preliminares, nas quais se definem o regime político, a forma de governo, a organização fundamental do Estado, a separação de poderes etc.

Com a parte dogmática patenteia-se o caráter individualista ou social da Constituição através da declaração de direitos e garantias dos cidadãos. As Declarações tiveram importância capital em todas as fases já conhecidas do constitucionalismo moderno.

Caracterizando a natureza do regime, como verdadeiros marcos históricos e doutrinários, as Declarações da Virgínia de 1776, a Francesa de 1789 e a Soviética de 1917 conferiram feição nova e típica à ordem jurídica estabelecida. O debate sobre o caráter ou valor jurídico dessas Declarações, usuais em todas as Constituições escritas, produziu duas posições principais: a dos que, com Esmein e Carré de Malberg, entendem ser nulo o aspecto jurídico, ressaltando que, privados de eficácia normativa, possuem esses textos contudo importância política e doutrinária e a dos que, acolhendo a opinião de Duguit, Hauriou e Schmitt, acham que as Declarações estão na hierarquia jurídica acima da Constituição, sendo portanto equivalentes a uma superconstituição.

Quanto à parte orgânica, esta nomeia os órgãos básicos da Constituição, traça com relativa minúcia a respectiva competência, bem como estabelece os princípios gerais de funcionamento ou determina o teor de certas relações mútuas entre os poderes.

A última parte da Constituição escrita abrange enfim um feixe de disposições gerais ou simplesmente contém o capítulo das chamadas "disposições transitórias".

As Constituições *legais*, conforme alguns constitucionalistas, que empregam um tanto impropriamente essa denominação para distingui-las das Constituições *codificadas*, são aquelas Constituições escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos. Haja vista, a título ilustrativo, a Constituição francesa de 1875. Compreendia ela Leis Constitucionais, elaboradas em ocasiões distintas de atividade legislativa, como as leis de estabelecimento dos poderes públicos, de organização do Senado e de relações entre os poderes. Tomadas em conjunto passaram a ser designadas como a Constituição da Terceira República.

Com a expressão Constituição *legal* designa-se também uma Constituição escrita *não formal*.

7. *As Constituições outorgadas, as Constituições pactuadas e as Constituições populares*

Classificação usual entre os autores é do mesmo passo a que distingue, pelo aspecto histórico, três modalidades básicas de Constituição: a Constituição outorgada, a Constituição pactuada e a Constituição popular.

A Constituição outorgada representa na tela do constitucionalismo um largo esboço de limitação da autoridade do governante. O rei, príncipe ou Chefe de Estado enfeixa em suas mãos poderes absolutos, mas consente unilateralmente em desfazer-se de uma parcela de suas prerrogativas ilimitadas, em proveito do povo, que entra assim no gozo de direitos e garantias, tanto jurídicas como políticas, aparentemente por obra apenas e graça da munificência real.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição outorgada é ato unilateral de uma vontade política soberana – a do outorgante, mas do ponto de vista político, representa quase sempre uma inelutável concessão feita por aquela vontade ao poder popular ascendente, sendo pois o produto de duas forças antagônicas que se medem em termos políticos de conservação ou tomada do poder. Essas duas forças em conflito dialético são o princípio monárquico do absolutismo e o princípio democrático do consentimento. Um decadente, o outro emergente.

O Chefe de Estado, outorgando a Constituição, a ela se sujeita, jurídica e politicamente, embora alguns pretendam possa ele depois, no exercício da vontade soberana, que ficara latente, modificar a seu alvedrio a ordem constitucional outorgada.

São exemplos de Constituição outorgada a Carta de Luís XVIII restaurando, em 1814, a monarquia francesa; a Constituição imperial brasileira de 25 de março de 1824, outorgada por D. Pedro I; o chamado Estatuto Albertino de 1848, na Itália, que teve vigência por um século; a Constituição japonesa de 1889; as Constituições da Etiópia de 1931 e 1955; e a Constituição da Arábia Saudita, de 1950.

A Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realeza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada.

Entendem alguns publicistas que as Constituições pactuadas assinalam o momento histórico em que determinadas classes disputam ao

rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, com o propósito de resguardar direitos e amparar franquias adquiridas.

Na Constituição pactuada o equilíbrio é precário. Uma das partes se acha sempre politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, "e o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada", conforme se deu com a Magna Carta ou a Constituição francesa de 1791: ali, a supremacia dos barões; aqui, a supremacia dos representantes da Nação reunidos em assembléia constituinte.

Foram igualmente formas de Constituição pactuada diversos documentos constitucionais ingleses, como o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701, bem como as Constituições da Espanha de 1845 e 1876, a da Grécia de 1844 e a da Bulgária, de 1879.

As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo.

Aqui já não se trata de equilíbrio nem de acordo entre os dois braços do poder que, conforme observamos, se vinham defrontando numa pugna histórica pela supremacia política: a monarquia abalada e a democracia ascendente.

Tendo se afirmado vitorioso o princípio democrático, a Constituição surge a seguir por obra de uma assembléia constituinte (Convenção), que primeiro submete por via do *referendum* à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado. Traduz esse processo a incontrastável hegemonia política das forças populares, que fazem legítimas as bases da nova ordem jurídica e do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos.

As Constituições aprovadas mediante o sistema de Convenções remontam à Constituição Federal dos Estados Unidos. No século XIX as Constituições francesas de 1848 e 1875 têm a mesma procedência, bem como numerosas Constituições que surgiram entre as duas Grandes Guerras Mundiais.

A via do *referendum* foi também adotada para o estabelecimento de diversas Constituições desde o século XVIII. A Constituição inaplicada de 1793, da Revolução Francesa, previa essa forma de consulta popular. O mesmo se deu com a de 1795. Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, vários Estados de Constituição popular se serviram do *referendum* como fonte de legitimidade para a organização social.

8. *Constituições concisas e Constituições prolixas*

Quanto à extensão, classificam-se as Constituições em concisas e prolixas.

As Constituições concisas tomam por igual a denominação de breves, sumárias, sucintas e básicas, ao passo que as Constituições prolixas aparecem ainda sob a designação de longas, amplas, extensas, desenvolvidas, largas etc.

Diz-se em geral que uma Constituição é concisa quando abrange apenas princípios gerais ou enuncia regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal, deixando a parte de pormenorização à legislação complementar ou orgânica. Via de regra nesses textos deve entrar somente, de modo sucinto, o que é *matéria* constitucional, em sentido estrito.

As Constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais.

A virtude constitucional da concisão é atestada pelo exemplo da Constituição dos Estados Unidos, admirável paradigma de Constituição sucinta. Figuram ainda entre as Constituições concisas ou breves a da França, de 1946, as do Chile de 1833 e 1925 e a da República Dominicana de 1947.

As Constituições prolixas, cada vez mais numerosas, são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude.

Pode ainda ocorrer um alargamento das Constituições, quando estas entram a conter não somente referência rápida a matéria nova, mas toda uma minudente e copiosa regulamentação de princípios relativos à matéria recém-inclusa, dantes tida como de caráter meramente ordinário, mas agora reconhecida e proclamada de natureza constitucional pela importância básica que a consciência política e social de um povo lhe imprimiu.

Os chamados direitos dos grupos intermediários – família, igreja, escola, minorias nacionais, regiões e partidos políticos – postos sob tutela constitucional ou "constitucionalizados" concorreram para aumentar consideravelmente o texto das Constituições e fazê-las, por conseguinte, mais largas do que consentia a tradição anterior.

Compare-se a esse respeito a Constituição brasileira do Império com a nossa Constituição republicana de 1946 ou com o texto da Emenda Constitucional n. 1, isto é, a Carta outorgada de 30 de outubro de 1969, aumentada depois pelos enxertos da reforma de 1º de abril de 1977. A Constituição de 5 de outubro de 1988 tem sido acremente combatida por determinados juristas, entre outras razões, por ser demasiado extensa: 245 artigos no corpo permanente da Carta, acrescidos dos 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, perfazendo assim um total de 315 artigos!

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em conseqüência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

São Constituições prolixas ou extensas: a vigente Constituição Brasileira, de 1988, a Constituição do México de 1917, a Constituição da Índia, de 1950, com cerca de 400 artigos e vários anexos, e a Constituição espanhola de Cadiz, com 384 artigos, o que para uma Constituição do século XIX era demais!

Capítulo 3

O SISTEMA CONSTITUCIONAL

1. A Constituição e o sistema constitucional. 2. A teoria material da Constituição. 3. A teoria material da Constituição e a jurisprudência da Suprema Corte americana. 4. A contribuição de Carl Schmitt à teoria material da Constituição. 5. A Escola de Zurique e a teoria material da Constituição. 6. O conceito de sistema. 7. A concepção tradicional de sistema no Direito: sistema extrínseco e sistema intrínseco. 8. A ressurreição da noção de sistema na segunda metade do século XX e as principais correntes sistêmicas da atualidade. 9. A moderna concepção de sistema jurídico: a Teoria Dialógica do Direito. 10. O sistema constitucional em face da concepção sistêmica contemporânea. 11. A concepção de sistema e a hermenêutica constitucional.

1. A Constituição e o sistema constitucional

Assim como as expressões Estado e Poder no âmbito da Ciência Política se manifestam já insuficientes, segundo alguns publicistas, para determinar a verdadeira natureza e extensão do fenômeno político, também a palavra *Constituição* não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas *básicas* da sociedade política. Em ambos os casos tem-se recorrido ao vocábulo *sistema*, senão para remover uma crise semântica ao menos para indicar algo mais preciso e abrangente, mais próximo ao sentido daquilo que se pretende exprimir. Daqui pois duas designações modernas: sistema político e sistema constitucional.

Quanto à primeira – *sistema político* – já se acha ela consagrada: entrou no uso corrente dos cientistas políticos, nomeadamente daqueles que fizeram sua formação em universidades americanas. Com efeito, a teoria dos sistemas revelou-se até certo ponto fecunda e prestigiosa no campo da Ciência Política americana, oferecendo nos Estados Unidos contribuições fundamentais, como aquelas ministradas por Easton, Almond e Deutscher, sobretudo o primeiro. A obra precursora da David Easton data de 1953 e se intitula *O Sistema Político* (*The Political System*).

Quanto à segunda – *sistema constitucional* – quase não figura na literatura política e jurídica, precisamente em virtude de carecer dos elementos científicos de uma reflexão de base, semelhante àquela que acompanha o sistema político, desde o livro de Easton, livro que é sem dúvida uma análise seguramente renovadora de toda a metodologia dos estudos políticos. E o é pelo menos no entendimento de quantos se voltam contra a Ciência Política clássica, de teor tradicional e institucionalista.

Fala-se também com freqüência em *sistema jurídico*. Há poucas contribuições a esse respeito, mas algumas admiráveis, inclusive em nosso País.[1] Vieram elas com seu caráter monográfico desbravar um terreno, ainda há pouco virgem a nossos juristas. Todavia, tocante ao sistema constitucional, está tudo por fazer, sem embargo de observar-se, desde muito, uma certa convergência de esforços, bem como de estudos e análises que, refletindo a insatisfação dos constitucionalistas em matéria interpretativa, mais cedo ou mais tarde conduzirão à ocupação daquele espaço ainda lacunoso nas aplicações da moderna teoria sistêmica. Não é veleidade nossa fazê-lo aqui, mas tão-somente encarecer de imediato a necessidade de procurarmos outras vias, que nos possibilitem colocar o Direito Constitucional fora do beco sem saída onde foi posto pela teoria do liberalismo.

Faz-se mister, por conseguinte, estabelecer, mais do que nunca, uma distinção entre Constituição e sistema constitucional, de modo a inserir o Direito Constitucional no âmbito da Ciência Política, solucionando-lhe assim a crise, e abrindo, do mesmo passo, amplas perspectivas a um estudo mais compreensivo, metódico e realista da trepidante matéria constitutiva de seu conteúdo. Vista pelos moldes clássicos, não seria possível adequá-la aos meios jurídicos disponíveis.

O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais. A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder.

Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes. Estabelecido então o divórcio entre a Sociedade e o Estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com

1. Veja-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Conceito de Sistema no Direito – Uma Investigação Histórica a partir da Obra Jusfilosófica de Emil Lask*; e Álvaro Mello Filho, *Sistema Jurídico*, Fortaleza, 1977.

a liberdade, do Estado com o indivíduo. Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassalle. Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. Confiados na abstração tranqüila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado.

Todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a *jurídica* e a *política*. A verdade é que ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patentes.

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.

Desde muito, sentia-se que o conceito de Constituição ministrado pela escola dos juristas liberais não atendia às exigências da constante evolução do direito público. Oferecia apenas uma explicação parcial do ordenamento político, ao mesmo passo que ocultava, sob a superfície de seus conceitos, a parte mais rica, senão substancial, de uma realidade profunda, cuja corrente impetuosa guiava as instituições para fins e rumos não raro em contradição ou conflito com as disposições da Constituição formal. O texto dessa Constituição se esvaziava de significado; a Sociedade, caminhando com os próprios pés aumentava cada vez mais a distância entre ela e o falso país constitucional, ou seja, não se dobrava aos devaneios de uma rigidez esterilmente preconcebida.

O resultado logo se fazia sentir: a freqüência e sucessão de golpes de Estado, trazendo a instabilidade constitucional, que esteve presente em todas as ocasiões na crise do Estado liberal e fez o descrédito da

Constituição pelo seu aspecto jurídico. Um abismo se cavava, portanto, entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, cujo malogro em grande parte derivou de haver a Constituição se apartado da Sociedade, dotada de forças que ela não comandava e pelas quais passou a ser comandada.

Desde aí o Direito Constitucional se tornou objeto de uma reflexão inteiramente distinta, volvida de preferência para as questões do poder, com sacrifício das questões jurídicas. Provinha isso do entendimento novo de que a Constituição na sua essência se explicava pela Sociedade e não pelo Direito.

A Constituição não se reduzia pois a um corpo de normas, sendo algo muito mais complexo. Abrangia toda uma variedade de poderes sociais, de natureza econômica, militar e cultural, decisivos em determinar as relações reais e efetivas que ela, a cada passo, deveria espelhar. A conferência proferida por Ferdinando Lassalle, a 16 de abril de 1862, não representou uma novidade de crítica constitucional antiliberal, porquanto essa crítica já fora feita, com todo o rigor, pelos filósofos da Reação em princípios do século XIX, mas em verdade veio sistematizar todo um estado de idéias, que se insurgia contra o formalismo abstrato das Constituições, buscando assim explicar cientificamente, de modo deveras precursor, o fracasso da Constituição inspirada em dogmas meramente jurídicos e normativistas.

A crítica lassaliana fixou em definitivo a importância da Constituição real, reconhecida por decisiva. Na hipótese de conflito, ou tensão extrema, a Constituição jurídica sucumbiria sempre, imolada à força soberana do fato, ou seja, da realidade política e social, muito mais poderosa que a força dos textos abstratos.

A evolução econômica, política e ideológica da Sociedade fortaleceu de maneira extraordinária essa tese corroborada por exemplos históricos persuasivos, cuja repetição enfraquecia continuamente a crença na autonomia da Constituição formal, na eficácia normativa do jurídico sobre a realidade fática triunfante.

Todo o desdobramento constitucional do século XIX ao século XX parece haver testemunhado assim a queda e dissolução daquele Direito Constitucional de bases formais, assentado sobre a estrutura lógica de princípios jurídicos contidos na racionalidade de um texto. A evidência maior ocorria sobretudo em países subdesenvolvidos, onde o declínio e desprestígio do Direito Constitucional tinha por contrapartida um interesse cada vez mais presente e agudo ao redor da Sociologia ou da Ciência Política, por serem ciências da realidade, do ser e não do dever ser,

ciências aptas a prestar contas da relação continuamente complexa de forças e grupos no campo dinâmico da sociedade.

É óbvio, contudo, que a sensatez crítica dos constitucionalistas pós-liberais não iria a ponto de admitir que a Constituição real é tudo e a Constituição jurídica, nada. Se assim concluíssem, concluiriam eles também, inevitavelmente, pelo desaparecimento ou inutilidade do Direito Constitucional como ciência normativa ou do dever ser. Reduzido ficaria então esse Direito Constitucional a uma sombra teórica, mera ficção, ciência do normativo sem eficácia normativa. A normatividade pertenceria toda aos fatos, aos poderes sociais atuantes, às forças reais. Haveria, assim, ao invés da Constituição jurídica e formal, a Constituição real, cujo estudo não caberia ao jurista, em razão de não encontrar nela normas de direito que aplicar, mas ao sociólogo ou cientista político, convocado a conhecer, explicar e interpretar a poderosa e inelutável realidade do ser.

Como toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade – mínimo que o jurista deve procurar converter, se possível, em máximo – é claro que o problema constitucional toma em nossos dias nova dimensão, postulando a necessidade de colocá-lo em termos globais, no reino da Sociedade. Essa Sociedade, invadida de interferências estatais, não dispensa, por conseguinte, o reconhecimento das forças que nela atuam poderosamente, capazes de modificar, com rapidez e freqüência, o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas na medida em que possam corresponder, de maneira satisfatória, às prementes e fundamentais exigências do meio social.

Daqui surge o claro imperativo de colocar a Constituição escrita num sistema: o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.

Essa inserção da Constituição formal num sistema material e orgânico não só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição kelseniana – constitucionalismo jurídico impotente perante a Constituição real – como, por outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nestas, a privação de juridicidade importa sempre subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas.

Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, a Constituição formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico. Ordem racional, essa Constituição atua eficazmente, normativamente, sobre aquela realidade de que é parte, atendidos alguns pressupostos, a que se refere, por exemplo, o constitucionalista Konrad Hesse.[2]

Paralelamente ao espírito do poder, cumpre reconhecer, também com Hesse, o espírito da Constituição. O espírito do poder existe quando a Sociedade só reconhece e pratica a Constituição real. O espírito da Constituição, ao contrário, deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal. Quando a Constituição formal, removendo contradições, chega quase a coincidir com a Constituição real, temos então a primeira como parte ativa e influente ou até mesmo dominante de um sistema, em que realmente se exprimem as decisões básicas da Sociedade, e que lhe guia e fundamenta as instituições e o comportamento.

Não é tão fácil estabelecer o contraste entre a Constituição jurídica ou normativa e a Constituição real ou fática, porquanto essa separação tende, de um lado, a esquecer que a Constituição jurídica é também parte daquela realidade, pela própria eficácia normativa mínima de que se acha sempre dotada, e, por outro lado, não deixa bastante claro que a Constituição real, conjunto de forças sociais politicamente atuantes por sua múltipla natureza econômica, cultural, militar, religiosa, profissional etc., não se confunde com a Sociedade mesma, uma vez que esta última há de ser vista também pelo ângulo de sua neutralidade ou abstração ao influxo imediato de valores políticos, constituindo, assim, realidade à parte, ou, segundo melhor entendimento, a ambiência mais ampla e coletiva, onde se insere a Constituição real ou realidade constitucional.

Da Constituição real, que é a Constituição viva ou Constituição da realidade, fazem parte determinados componentes que sobre ela atuam com variável eficácia, tais como os partidos políticos, os grupos de interesses, as categorias patronais, empresariais ou trabalhistas, a opinião

2. Konrad Hesse, "Die normative Kraft der Verfassung", in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 222.

pública, enfim, toda a ordem de forças que refletem por igual os compromissos internacionais da sociedade politicamente organizada.[3]

O peso de tais dificuldades chega contudo a atenuar-se quando a Constituição normativa e a Constituição real são concebidas, conforme temos assinalado, dentro de uma perspectiva de totalidade ou sistema, onde tudo ganha sentido, tornando-se mais fácil perceber e captar o espírito jurídico que deve animar a ordem fundamental da sociedade.

O sistema constitucional teria por conteúdo, *primeiro*, a Constituição propriamente dita, *segundo*, as leis complementares previstas pela Constituição, *terceiro*, todas as leis ordinárias que, do ponto de vista material, se possam reputar constitucionais, embora não estejam no texto da Constituição formal, e a seguir, com o máximo relevo, o conjunto de instituições e poderes há pouco referidos, a saber, os partidos políticos e correntes de interesses.

Essa última camada forma a chamada Constituição viva ou real, aquela que em Lassalle, Schmitt, Heller e até mesmo Jellinek (*Die Normative Kraft des Faktischen*) aflora, em contraste ou oposição à Constituição normativa ou jurídica, por um prisma, aliás, que somente começa a ser ultrapassado e corrigido com a teoria constitucional integrativa de Smend.

Aqueles que encarecem a necessidade de uma visão sistêmica da Constituição, vinculada tanto quanto possível à metodologia científica mais moderna, cujo intento é renovar as Ciências Sociais, não ignoram a existência, desde muito, de uma Constituição-sistema lógico, concebida nas regiões técnico-jurídicas do positivismo formal e abstrato. Opõe-se ela à Constituição-sistema material, que tantos preconizam, sem sacrificar-lhe a juridicidade e a plena eficácia normativa. Essa Constituição-sistema material representa na dualidade sistema intrínseco-sistema extrínseco[4] uma categoria do primeiro, isto é, do sistema intrínseco: modelo portanto não dedutivo, orgânico e teleológico, segundo os termos filosoficamente já esboçados na *Crítica da Razão Pura*.[5]

Antes, porém, de passarmos a uma exposição mais extensa e atualizada do conceito de *sistema*, tendo em vista preliminarmente a possibilidade de uma sustentação teórica do sistema constitucional, faz-se mister

3. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, p. 60.

4. O sistema extrínseco é aqui tomado por sistema jurídico segundo a forma ou o *methodus disponendi leibnitziano*, que exprime uma organização de idéias ou conceitos, ao passo que o sistema intrínseco é o sistema jurídico extraído do objeto e não artificialmente do conhecimento acerca do objeto, conforme a postulação objetiva de von Jhering.

5. Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, pp. 743/749.

analisar a teoria material da Constituição e seus fundamentos. Essa teoria se esboçou inicialmente com a doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, com os seus métodos interpretativos, a par de seus arestos mais célebres em defesa dos direitos humanos das minorias oprimidas pela discriminação racial, até ampliar-se depois com as reflexões teóricas dos constitucionalistas de Weimar e, de último, também com a contribuição dos juristas e publicistas da chamada Escola de Zurique.

2. *A teoria material da Constituição*

A concepção material da Constituição representa no século XX uma corrente de pensamento crítico e revisor, a cujo leito confluem todas aquelas direções inconformadas com o exclusivismo normativo e formalista do positivismo lógico. Desde Laband e Kelsen, esse positivismo levara a teoria do Estado a um "nihilismo científico-espiritual" (*geisteswissenchaftlichen Nihilismus*), conforme advertira Smend, numa admoestação severa dirigida sem dúvida aos juristas esvaziadores do Estado e do Direito.[6]

Aquelas direções estavam volvidas para o conteúdo e a matéria dos preceitos normativos, de preferência à forma e às categorias. Relativamente à Constituição, pretendiam em primeiro lugar fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animavam, a realidade social íntima, verdadeira, substancial, que ela exprimia, enfim, aquele conjunto de valores, idéias e fatos sempre inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital, capazes de fazê-la a um tempo consciência da Sociedade e expressão de um projeto dinâmico e prospectivo.

Disso também poderia advir o dano oposto, ou seja, uma visão puramente ideológica e política da Constituição, dissolvendo ou debilitando-lhe as bases jurídicas. Se o excesso de formalismo pusera em perigo as Constituições, reduzindo-as a desprezíveis folhas de papel, a alternativa material, exagerada ao extremo, conduzida às suas últimas conseqüências, não se forrava a menores riscos.

Abalando a *juridicidade* das Constituições, sujeitas em questões de observância de direitos fundamentais a invocações de ordem e segurança, hierarquizadas numa escala ideológica, aquela alternativa sacrificava valores clássicos do constitucionalismo, que uma concepção mais humana de Estado de direito havia já universalizado.

6. Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, p. 131.

A teoria material da Constituição, partindo de Lassalle no século XIX, teve durante a Constituição de Weimar na Alemanha os seus mais brilhantes teoristas.

Com efeito, Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller trazem a alternativa social e antiindividualista, pressentindo pois a queda definitiva de uma ordem jurídica assentada em pressupostos lógicos e formalistas daquele positivismo que nas Constituições chegava aparentemente ao ocaso.

O grito ideológico da década de 20 exprimia a dor de um grande parto: o das Constituições de inspiração socialista ou socializante, cuja versão ocidental, após a Segunda Grande Guerra Mundial, se traduz mais recatadamente, em termos de ideologia, pelo constitucionalismo do Estado social. Este propende indeclinavelmente para uma teoria material da Constituição, cada vez mais presente às reflexões de constitucionalistas americanos, alemães, suíços e austríacos.

Não é fácil, porém, determinar com clareza e coerência a posição exata desses juristas, pois não se volvem eles apenas para o Direito, mas para o Direito e a Sociedade, sobretudo para esta, e, se algo de axiologicamente fundamental estiver em jogo, não trepidarão em sacrificar o dogma jurídico do formalismo a uma postulação mais premente de valores sociais em busca de afirmação e reconhecimento.

Disso resulta para a interpretação jurídica, uma latitude significativa e abrangente, conforme posteriormente teremos ensejo de referir e examinar. Cabe assinalar, porém, que a posição dos publicistas volvidos para uma concepção material da Constituição não é de todo original no campo da metodologia jurídica. Os pontos e elementos capitais de sua inspiração – a Sociedade – já tinham no Direito Privado algumas antecedências, cuja verificação mostra de forma reiterada como o Direito Público possui força elaborativa e fixação técnica incomparavelmente mais lenta e penosa que o Direito Privado.

É de assinalar que tanto a teoria material da Constituição como o positivismo lógico-formal de certas direções do Direito Constitucional foram precedidos na esfera privatista, respectivamente, da jurisprudência dos interesses (Jhering, Heck e Kantorowicz) e da jurisprudência dos conceitos (de Puchta a Windscheid), ainda em pleno século XIX.

A jurisprudência dos interesses foi o marco histórico de uma fecunda linha evolutiva que veio configurar de modo concreto e real os institutos jurídicos, possibilitando o advento da Sociologia Jurídica.

A jurisprudência dos conceitos, por sua vez, ao anteceder historicamente a crítica renovadora de Jhering (*Der Zweck im Recht*) e Heck,

cumprira já no Direito Privado um momento da mais alta abstração, fazendo possível a construção lógica e normativa do sistema jurídico, sem dúvida a primeira pedra de um formalismo cuja extremidade se lograria depois, tanto no Direito Privado como no Direito Público, com a pirâmide unificadora e hierarquizante de Hans Kelsen.

3. *A teoria material da Constituição e a jurisprudência da Suprema Corte americana*

A concepção material da Constituição, antes também de teorizar-se com clareza e profundidade na obra dos constitucionalistas alemães, já figurava irretorquivelmente como sugestão doutrinária implícita em métodos de exegese constitucional, empregados por juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, desde Marshall aos nossos dias.

A Constituição material americana é, com efeito, muito mais rica, extensa e fecunda que a Constituição formal, inconcebível e ininteligível sem aquela, a que serve de moldura ou quadro.

No espaço da Constituição formal, que logo se elastece, cabe toda uma Constituição material, feita de instituições vivas e dinâmicas, num processo de constante acomodação e reforço das realidades que sentidamente pesam sobre a Sociedade americana, compondo a sua consciência nacional e exprimindo seus imperativos históricos de progresso, ordem, segurança e liberdade.

A linguagem normativa sóbria e concisa daquele texto-quadro teve no decurso de quase dois séculos uma impressionante capacidade adaptativa. Permaneceu a Constituição escrita ou formal invariavelmente a mesma, salvo o acréscimo das Emendas, que mal excedem a vinte, e no entanto ela jamais faltou, por via da técnica interpretativa, à solução dos grandes problemas constitucionais do país.

Tanto a concepção material da Constituição é familiar aos constitucionalistas americanos, que estes se repartem, desde muito, em duas escolas já perfeitamente caracterizadas no curso da história: a dos afeiçoados a uma técnica de interpretação *formalista*, abraçados a conceitos de todo jurídicos e a daqueles, mais sensíveis aos aspectos políticos e ideológicos da ordem jurídica, que souberam empregar a técnica da interpretação *construtiva*, de inspiração sociológica, para afiançar a continuidade e sobrevivência da Constituição.

Graças ao método destes, o Direito Constitucional americano progrediu, de modo que a Constituição americana, embora formalmente rígida, pôde tornar-se pelo aspecto material a mais flexível das Constituições escritas, escorada no espírito orgânico e vital da Sociedade. Afastou-se,

assim, da rigidez formal, dos fantasmas do *stare decises*, do imobilismo lógico-jurídico, cuja vitória jurisprudencial teria gravemente tolhido o curso da evolução constitucional americana.

Os construtores dialéticos da Constituição dos Estados Unidos foram Marshall e depois o seleto elenco de juízes da Suprema Corte, sobretudo os do século XX, que marcaram verdadeiras épocas constitucionais na história daquele país. Formaram no conjunto aquilo que se poderia batizar de escola da jurisprudência sociológica, onde avultam as personalidades de Holmes, Cardozo, Brandeis e Stone, coadjuvados na cátedra universitária ou na produção intelectual por juristas e pensadores da envergadura de Roscoe Pound e Llewellyn.

O direito vivo, compreendido como sistema, numa concepção material da Constituição, inteligentemente interpretada e construída em presença de poderosas e antagônicas forças sociais sucedeu ao Direito que juízes mais conservadores, do tomo de Taft, Fuller, Butler e Sutherland, haviam intentado paralisar ou esterilizar, mediante a "lógica das palavras" contraposta à "lógica das realidades".[7] A história constitucional dos Estados Unidos, conforme tem sido com freqüência assinalado, é em sua maior parte a história da Suprema Corte e de seus métodos de exegese da Constituição.

Percebe-se ali, claramente, a transição do Estado liberal ao Estado social. Basta para tanto cotejar os métodos de hermenêutica constitucional empregados pelos juízes da sobredita Corte, cujos votos e arestos firmaram a jurisprudência do passado e do presente. A teoria material da Constituição, sem deixar de ser jurídica, tem contudo uma básica inspiração sociológica, que consente, por meio do método de "construção" interpretativa, fazer da lei suprema americana o modelo das Constituições estáveis, o símbolo do reencontro harmônico do Direito com a Sociedade, tão divorciados na ordem constitucional dos países subdesenvolvidos, por não haverem estes ultrapassado ainda a concepção lógica, formalista e "geométrica" de um Direito sem mais fonte que a norma do Código ou da Constituição, nos apertados moldes de um positivismo abstrato e silogístico, de inspiração jusprivatista, emanado das mais antigas e clássicas matrizes civilistas.

4. *A contribuição de Carl Schmitt à teoria material da Constituição*

A teoria material da Constituição, em Carl Schmitt, assenta basicamente sobre a distinção que ele faz entre Constituição e Lei Constitucio-

7. Th. Masoni, *Brandeis: Lawyer and Judge in the Modern State*, pp. 179/180.

nal. Sem essa distinção, não é possível estabelecer o conceito de Constituição.[8]

A Constituição se define como a decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política. Exemplifica Schmitt com várias Constituições, entre as quais a Constituição Francesa de 1791, que trouxe a decisão política do povo francês a favor da monarquia constitucional, ou a Constituição de Weimar, com sua decisão fundamental por formas políticas que compõem a "substância da Constituição", tais como a Democracia, a República, a estrutura federativa, a forma representativa parlamentar de governo e o Estado de Direito burguês e seus princípios relativos aos direitos básicos e à separação de poderes.

A Constituição possui assim sentido político absoluto, não podendo sua essência ficar contida numa lei ou numa norma. É exatamente essa impossibilidade que faz possível, segundo Schmitt, distinguir a Constituição da Lei Constitucional.[9] O constitucionalista, ao mostrar que a Constituição não pode dissolver-se num conjunto de leis constitucionais, repeliu, como erro, a assertiva de Bernatzik, de que a transformação da Constituição numa "espécie de lei" fora "uma conquista da cultura política contemporânea".[10]

A Constituição – unidade política – se caracteriza, na acepção de Schmitt, por seu profundo valor existencial. Ao culto da norma, contrapõe ele o culto do fato, às regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão, que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional.

Diz ele que se assim procedêssemos, ao invés da "judiciarização da Política", teríamos a "politização da Justiça".[11] Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito.

As Leis Constitucionais não só pressupõem a Constituição como valem em razão desta, gravitando pois numa esfera de relatividade.[12] Acima delas, acham-se os valores existenciais da Constituição, isto é,

8. Carl Schmitt, *Verfassungslehre,* p. 20.
9. Ob. cit., p. 23.
10. Ob. cit., pp. 20/21.
11. Ob. cit., p. 119.
12. Ob. cit., pp. 22/23.

aquela unidade essencial de existência, integridade e segurança, que a decisão política fundamental exprime.

As Leis Constitucionais, qualificando-se apenas pelo formalismo ou rigidez que lhes dificulta a mudança ou rebaixadas na hierarquia axiológica perante os valores existenciais (esses valores compõem a suma ou essência da Constituição), lembram, de qualquer modo, o aspecto *jurídico* e *formal*, que Schmitt não elimina inteiramente de sua teoria material da Constituição, ao contrário, aliás, do que fez Kelsen com os elementos materiais do Direito, quando conduziu o formalismo às suas últimas conseqüências.

A diferença, porém, que vai de um a outro em questão de coerência com a sua respectiva teoria é tão-somente de grau, sendo essa coerência maior em Kelsen e menor em Schmitt.

De qualquer modo, ambos valem como dois pólos opostos, como duas extremidades doutrinárias, sendo assim as duas orientações que mais se distanciam mutuamente na compreensão do conceito de Constituição: Kelsen com a teoria normativa, Schmitt, com a teoria material; Kelsen sustentando, conforme observa Wimmer, que "algo vale, quando vale e porque vale" ("Etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt") e Schmitt, com seu sentido de existencialidade, professando que "algo vale, quando existe e porque existe" ("Etwas gilt, wenn es ist und weil es ist").[13]

5. *A Escola de Zurique e a teoria material da Constituição*

A Escola de Zurique, assim qualificada por Norbert Wimmer, abrange uma plêiade de juristas que na Suíça, desde a década de 1930, deu continuidade a uma posição teórica já esboçada por alguns constitucionalistas da República de Weimar, como Schmitt, Smend, Heller e Erich Kaufmann.[14] Este último é bastante conhecido também por ser autor de um célebre ensaio sobre a filosofia do Direito neokantiana.

Todos eles representaram uma corrente renovadora, de combate ao positivismo formalista, conforme vimos. Desde a consolidação do Estado liberal tendia o positivismo a perpetuar em moldes juridicamente rígidos, por meio do instrumento constitucional, a espécie de instituições políticas imposta, em larga parte, pela economia clássica do liberalismo ao tempo do *laissez-passer*. Os adeptos suíços da nova sistematização,

13. Veja-se Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, 1971, p. 79.
14. Ob. cit., pp. 80/84.

manifestando compreensão profunda do fenômeno constitucional, seguiram sobretudo a linha valorativa, que foi a mesma dos juristas de Weimar já referidos. Sua interpretação material da Constituição, segundo ressalta Wimmer, teve por conseqüência a formação de uma verdadeira escola, onde despontam representantes autorizados do quilate de Schindler, Kaegi, Haug e Hsu-Dau-Lin.

Vejamos sumariamente os pontos essenciais da contribuição de alguns desses juristas.

De Schindler, afirma-se que sua tese dialética dissolve as antinomias realidade e valor, ser e dever ser, unificando com sentido de globalidade as esferas referentes ao Estado, ao Direito e à Sociedade. Traz ela portanto a preocupação maior de revalorizar a ambiência, o meio, o extrajurídico, fatores menosprezados pelo positivismo lógico-formal em suas formulações de análises da Constituição.[15]

Vejamos a seguir Werner Kaegi, cuja principal contribuição à teoria material da Constituição data de 1945, ano do término da Segunda Grande Guerra Mundial, quando veio a lume o seu estudo intitulado "A Constituição como Ordem Jurídica Fundamental do Estado" (*Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*).

Escrevendo em época tão aflita e traumatizada, Kaegi, de uma parte, assinala o declínio das teses normativistas; doutra, o crepúsculo do Estado constitucional, com o desprestígio da ordem jurídica, a queda geral das crenças, a crise dos valores. Há no entender do constitucionalista um grave e errôneo conflito entre a democracia formal e a democracia "verdadeira", que é a chamada democracia social; entre o Estado de Direito e o Estado de Justiça, que é o Estado social.

Disso tudo deriva um quadro de crescente dinamização e politização da teoria constitucional, quadro a que se contrapõe uma crescente formalização do conceito de Constituição pelos positivistas, inclinados a tratar as formas extrapositivas como matéria política ou de direito natural, incompatível com o Direito, de cujo âmbito devem ser expungidas.[16]

Kaegi esquiva-se, contudo, a apresentar uma solução para a crise, apesar de que os seus conceitos deixam clara uma posição manifestamente favorável à teoria material da Constituição.

15. Ob. cit., p. 81.

16. É esse o pensamento de Kaegi, nos termos da exposição crítica que dele faz Norbert Wimmer, mediante citação de textos.

Um terceiro expoente da chamada Escola de Zurique foi, finalmente, Hans Haug, o qual se empenhou em mostrar até onde os valores podem delimitar a extensão de uma revisão constitucional. Fez ele gravitar tais valores basicamente ao redor da idéia absoluta de Justiça, seguindo assim uma diretriz de inequívoco teor idealista, inspirado sobretudo na filosofia dos valores de Hartmann e Scheller. O seu conceito axiológico de Constituição volve-se na essência para os direitos fundamentais do cidadão, em busca da ordem justa, de sorte que o Estado onde esses direitos foram aniquilados, será sempre um Estado sem Constituição. Haug faz da Constituição e do Direito conceitos materiais explicáveis pelos valores que incorporam.

É cedo talvez para medir os efeitos doutrinários da produção constitucional da Escola de Zurique. Fica porém fora de toda a controvérsia que ela representa um importantíssimo passo adiante no sentido de estabelecer as bases sólidas de uma teoria material da Constituição. Teve já o inquestionável merecimento de levar a cabo uma tarefa que ainda prossegue de sistematização de certos aspectos relevantes para a técnica de interpretação constitucional e já teoricamente aflorados por predecessores do tomo de Heller, Schmitt e sobretudo Smend. Pode assim reorientar a teoria constitucional para uma fundamentação que, em larga parte, contrasta, conforme temos assinalado, com o formalismo kelseniano.

6. *O conceito de sistema*

A idéia-força de nosso tempo – e aqui nos valemos daquela imagem verbal produzida por Fouilée há tanto tempo – parece ser, no campo das Ciências Sociais e de sua metodologia, a concepção sistêmica, qual se acha de último concebida na teoria dos sistemas. Importa a orientação sistêmica, no significado mais profundo que talvez se lhe possa atribuir, a retomada de um sonho frustrado desde o século XIX, de que foi exemplo e modelo a filosofia positivista de Augusto Comte: o da unidade da Ciência, agora investigada e perquirida por novas vias.

A teoria geral dos sistemas, como teoria interdisciplinar de estruturas uniformes (isomorfias) é uma dessas vias. O moderno pensamento sistêmico, dotado de latitude e fecundidade amplíssima, acena com muitas promessas e esperanças, caracterizando de certa forma o espírito de nossa época.

A "nova utopia", com seu sentido unificador e globalizante acendeu para a ciência um novo farol, que procura guiá-la rumo à totalidade e à unidade; armou o cientista com um conceito-chave que lhe orienta a

pesquisa e abriu, segundo seus adeptos, o caminho a métodos mais adequados; transcendeu, enfim, por inteiro, a tendência meramente analítica, que dominou durante algum tempo o campo sociológico. Foi a época das microssociologias, com o abandono ou o descrédito da macrossociologia, só de último reabilitada graças, em larga parte, à intervenção metodológica da concepção sistêmica.

As teorias sistêmicas brotaram do campo das ciências da natureza, refletindo imperativos surgidos com os progressos da biologia e da cibernética. Empregam elas instrumentos lógicos e matemáticos de rara precisão, que revolucionam na ciência social mesma os métodos clássicos. Constituem, enfim, do ponto de vista filosófico, uma espécie de positivismo da Segunda Revolução Industrial.

Seus perigos são, porém, manifestos, principalmente na modalidade cibernética, cujo universo não conhece "pessoas", mas "sistemas", conforme advertem, com proficiência, Ruesch e von Bertalanffy, este último deveras insuspeito, porquanto criou a designação "teoria geral dos sistemas", sendo o fundador da escola que tomou esse nome.[17] Com efeito, a versão cibernética da teoria sistêmica pode conduzir ao advento de uma tecnocracia de homens "máquinas" ou "robôs", significando, por conseguinte, a ameaça mais lúgubre que a ciência já levantou contra o humanismo e a liberdade.

A noção de sistema – convém sempre frisar – não representa nenhuma novidade. Desde os períodos clássicos da antigüidade foi familiar ao pensamento científico e filosófico. Sistema é palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência.

Tradicionalmente, distinguem-se duas acepções de sistema: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco.

O sistema externo refere-se ao trabalho intelectual de que resulta um conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados, segundo um princípio unificador. É aquilo que Kant, em frase lapidar, já formulara na *Crítica da Razão Pura*: "Entendo por sistema a unidade dos diversos conhecimentos debaixo de uma idéia".[18]

17. Ludwig von Bertalanffy, *Teoria Geral dos Sistemas*, 3ª ed., trad. brasileira, p. 26.

18. "Ich verstehe aber unter einem System die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee", Immanuel Kant, ob. cit., p. 748.

Reaparece o mesmo conceito em Condillac: "Um sistema outra coisa não é senão a disposição das diferentes partes da arte ou da ciência numa ordem em que todas elas mutuamente se apóiem e em que as últimas se explicam pelas primeiras".[19]

Depois de assinalar que os requisitos de um sistema externo são puramente *formais*, ocupando-se da ciência jurídica como sistema externo, afirma Losano que os requisitos necessários e suficientes para sua existência são três, havendo porém autores que acrescentam mais um. Escreve aquele publicista: "Todos os autores, com efeito, concordam em indicar como requisitos de um sistema externo a *coerência*, a *perfeição* (*completezza*) e a *independência*; há contudo quem, além da *independência* dos axiomas, se refira por igual à sua *necessidade*".[20]

Mas ao lado desse conceito de sistema extrínseco, concorre também o de sistema intrínseco ou interno, que se não refere ao conhecimento do objeto, mas ao objeto mesmo. Traduz-se num conjunto de elementos materiais (coisas ou processos) ou não-materiais (conceitos), ligados entre si por uma relação de mútua dependência, constituindo um todo organizado.[21] Diz-se, por exemplo, nessa acepção intrínseca: sistema solar, sistema nervoso, sistema normativo etc.

O contraste entre os dois conceitos aparece também de modo bastante claro e feliz em Losano quando este escreve: "Os pressupostos em que se funda este sistema (o sistema interno) são simétricos com respeito aos pressupostos já vistos para o sistema externo". O sistema externo pressupõe a caoticidade do dado, "o discurso não sobre a matéria, mas sobre a ciência e enfim o caráter lógico do nexo que vincula as proposições isoladas da ciência; o sistema interno pressupõe, ao contrário, a sistematicidade do dado, o discurso, não acerca da ciência, mas da matéria e, enfim, a especificidade do nexo que vincula cada uma das partes da matéria".[22]

7. *A concepção tradicional de sistema no Direito: sistema extrínseco e sistema intrínseco*

Com relação ao Direito, vejamos sumariamente como se apresentam as duas modalidades de sistema.

19. "Un système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art où d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premiers" (Condillac, *apud* André Lalande, *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, p. 1.097).

20. Mario G. Losano, *Sistema e Struttura nel Diritto*, I, pp. 138/140.

21. André Lalande, ob. cit., p. 1.096.

22. Ob. cit., p. XXV.

Do ponto de vista histórico, o sistema extrínseco é aquele através do qual primeiro se manifesta no pensamento dos juristas a noção de sistema jurídico, conforme pondera Giorgio Lazzaro.[23]

Apoiando-se na obra de La Pira acerca da gênese do sistema na jurisprudência romana, refere ele que o emprego da palavra sistema, por esse autor – quando designa por exemplo o "sistema muciano" ou o "sistema sabiniano", relativos respectivamente a Quinto Múcio Scevola e Masúrio Sabino – só se justifica em virtude do fato de que "desde o último século da república, os juristas romanos principiaram a pôr ordem em suas elaborações, a operar reagrupamentos e a estabelecer nexos entre as várias espécies, enquadrando a solução de questões isoladas em princípios mais ou menos gerais".[24]

Juristas romanos, medievos e modernos, de Masúrio Sabino a Leibnitz, trabalharam com a noção ou idéia de sistema externo ou extrínseco, pelo modo como apresentaram os preceitos jurídicos, pela metodologia que desenvolveram, pelos "princípios da arte didática" que estabeleceram e pelo *methodus disponendi* que propuseram, conforme ocorreu na jusfilosofia leibnitziana.[25]

Todos aqueles que levam um sistema externo ao Direito – diz Losano – partem da concepção de que "as normas jurídicas isoladas não têm liames específicos entre si, sendo porém tarefa do jurista vinculá-las umas às outras segundo um projeto exterior à matéria jurídica".[26] A seguir, assevera o jurista italiano: "Tendo definido a estrutura como a relação entre os elementos de um sistema, poder-se-á falar do sistema externo como de uma estrutura que constitui o termo *ad quem* da atividade do jurista: em outras palavras, a atividade do jurista tem por finalidade o dar uma certa estrutura ao direito".[27]

A idéia de sistema externo no Direito contribuiu consideravelmente para o progresso da Ciência Jurídica, tomando com Savigny e a Escola Histórica um largo incremento. Mas o seu ponto culminante ocorreu em verdade com a Dogmática, ou seja, a obra dos pandectistas alemães, a chamada jurisprudência dos conceitos, que foi o primeiro intento malo-

23. "Sistema Giuridico", in *Nuovo Digesto*, pp. 459/460.

24. G. Lazzaro, ob. cit., p. 460.

25. Não são raros os juristas que encarecem a virtude do sistema extrínseco, o qual, embora não seja o mais aconselhável a "penetrar a íntima essência de um ordenamento jurídico", é contudo valioso por tornar mais fácil o conhecimento (Jhering) e sobretudo por sua "utilidade essencialmente didática" (Giorgio Lazzaro).

26. M. G. Losano, ob. cit., p. XXIII.

27. Idem, ibidem.

grado feito pelo formalismo jurídico, desde Kant, para estabelecer, por via sistemática, os fundamentos de uma Ciência do Direito: o segundo teria sido o formalismo kelseniano da Teoria Pura do Direito. Mas aqui já não se trata de uma concepção nos moldes do sistema extrínseco, senão de reflexão que se volve para a caracterização do Direito como sistema intrínseco, onde a logicidade ou a dedutividade dos conceitos não está propriamente na criação intelectual do jurista, na subjetividade com que ele faz o sistema (que assim seria externo), mas no ordenamento jurídico, na sua normatividade, no objeto formal, de onde é extraído.

A confusão sujeito-objeto, a que poderíamos ser induzidos, se desfaz por exemplo se antepusermos na relação o objeto ao sujeito, a norma ao agente cognoscente. Na jurisprudência dos conceitos todo o nexo lógico resultava aprioristicamente da colocação subjetiva que o jurista fazia com os seus esquemas dogmáticos acerca do Direito, não raro quebrantado ou violado, tanto na forma como na matéria – o que em verdade pouco importava, desde que se não sacrificasse a base lógica ou axiomática sobre a qual repousavam as deduções sistêmicas, artificialmente impostas à realidade jurídica.

Há, portanto, à primeira vista, uma fronteira difícil de ser transposta, pelas sutilezas implícitas, quando o estudioso incauto transita, dentro do formalismo jurídico, do sistema extrínseco ao sistema intrínseco do Direito.

Com efeito, também a concepção de sistema intrínseco envolve uma atividade intelectiva, uma operação racional do jurista, do teórico que "expõe o resultado da própria pesquisa, comunica a outros um complexo de idéias, sintetiza as próprias cognições adquiridas", precisamente aqueles requisitos de elaboração que, segundo Giorgio Lazzaro, definem o *sistema extrínseco*.

Mas no sistema extrínseco, o teórico constrói, dogmatiza e impõe a lógica ao Direito, ao passo que no sistema intrínseco, ainda o de natureza formal, como o de Kelsen, a lógica, ao contrário, está no próprio Direito, no ordenamento dotado de racionalidade à espera de revelação, racionalidade que já existe e independente dos meios lógicos do sujeito cognoscente, o qual, até mesmo por insuficiência de compreensão, poderá pelo discurso deixar de reproduzi-la com fidelidade, falseando assim a base intrinsecamente lógica ou dedutível da ordem jurídica.

A descrição incompleta, aproximativa ou simplificada da realidade não invalida, como se vê, o que há de racional nessa realidade, intrinsecamente imune à captação lógica do sujeito cognoscente, que não soube ou não pôde, mediante a operação verbal, colher o teor de racionalidade

ali inerente. A descrição imperfeita pode então fazer com que o jurista na sua elaboração teórica recaia no sistema extrínseco, isto é, aquele que ele constrói e dogmatiza.

O sistema jurídico, qual sistema interno, ou seja, "compreendido como estrutura que constitui o termo *a quo* da atividade do jurista",[28] aparece na obra de distintos pensadores da Ciência do Direito do século XIX ao século XX.

A determinação do sistema interno do Direito, pelo formalismo, inspira-se na filosofia kantista, graças à qual floresceram posteriormente várias posições doutrinárias, cujo objetivo era estabelecer com exação e rigor científico a especificidade do nexo que vincula as várias partes da construção jurídica positiva.

Das mais importantes a esse respeito foi sem dúvida a contribuição de Stammler, com o seu sistema essencialmente lógico acerca do Direito, a que sucedeu, na mesma esteira neokantiana, a monumental investigação de Kelsen e dos juristas da Escola de Viena. Quanto à teoria pura do Direito, de Kelsen, houve efetivamente quem a considerasse "o arquétipo do sistema jurídico interno".[29]

Fora, contudo, da órbita formalista, numa esfera puramente material, vingaram também sistemas jurídicos internos com base nos valores e sua relatividade (Radbruch) ou em critérios de manifesto cunho teleológico, como os sistemas formados à sombra da chamada jurisprudência dos interesses, da Escola do Direito Livre e da Teoria Marxista do Direito.

Os sistemas jurídicos teleológicos ou finalísticos merecem exame todo especial porquanto se apartam do dedutivismo formalista, imperante na Ciência Jurídica desde a jurisprudência dos conceitos. Compendiam sem dúvida poderosa reação ao esvaziamento do conteúdo do Direito, cujos fins ou interesses o rigorismo lógico das deduções formais costumava postergar e olvidar. Todavia, por mais paradoxal que pareça, o fantasma da filosofia kantista ressurge também nas origens dessas novas direções tomadas pela reflexão jurídica, contrárias ao excesso de formalismo, considerado o pecado capital da jurisprudência dos conceitos, segundo os seus mais ferrenhos impugnadores.

Com efeito, muito antes da surpreendente reviravolta ocorrida no pensamento jurídico de von Jhering, em que ele se bidimensionou como estuário da jurisprudência dos conceitos e nascente da jurisprudência dos

28. M. G. Losano, ob. cit., p. XIII.
29. M. G. Losano, ob. cit., p. XXVI.

interesses, em ordem a despontar, a um tempo como fim e como princípio de duas escolas antagônicas, já Kant na *Crítica da Razão Pura* visualizara o sistema em termos de organismo e unidade teleológica, estruturado (*articulatio*) e não amontoado (*coacervatio*), comparável, segundo o sobredito filósofo, a um corpo animal, cujo crescimento (*per intus susceptionem*) não acrescenta nenhum membro, mas, sem variar de proporção, faz cada membro mais forte e mais apto à consecução de seus fins.[30]

A imagem organicista de Kant continha já uma poderosa e implícita sugestão finalística, potencialmente precursora do modelo teleológico que von Jhering e os juristas posteriores da jurisprudência dos interesses e das correntes sociológicas do Direito acabaram depois por consagrar.

Não padece dúvida, contudo, que o molde teleológico de sistema é principalmente obra da concepção orgânica de Direito desenvolvida por von Jhering na segunda fase de sua produção jurídica; uma concepção que introduz na ordem normativa o interesse e o fim, conferindo ao Direito uma dimensão de materialidade, latente já no organicismo rudimentar de Savigny, e que este, por compreender e utilizar talvez a sistematicidade apenas como categoria metodológica e não como categoria ontológica, qual faria depois von Jhering, não foi bem-sucedido em desviar a pesquisa do formal para o material, caindo assim nos excessos dedutivistas da sistematização extrínseca, que aliás o fizeram um dos expoentes da jurisprudência dos conceitos.

Unicamente à luz desse raciocínio é possível pois explicar a esterilidade do pensamento jurídico da Escola Histórica tocante a uma teoria material do Direito, cujos alicerces aparentemente lançara com as premissas alentadoras do *Volksgeist* e do Direito concebido qual todo orgânico, e que fica, porém, como sistema, de todo estéril, por não haver Savigny captado a noção dinâmica e fecunda de fim, inerente a todo organismo. Essa descoberta, ou pelo menos o acento aí posto, fez depois o segredo da orientação teleológica, brilhantemente professada por von Jhering, já então jurista-sociólogo, de todo capacitado, pela originalida-

30. "Das Ganze ist also gegliedert (*articulatio*) *und nicht gehaeuft* (*coacervatio*); es kann zwar innerlich (*per intus susceptionem*), aber nicht äusserlich (*per appositionem*) wachsen, wie ein tierischer Körper, dessen Wachstum kein Glied hinzusetzt, sondern, ohne Veränderung der Proportion, ein jedes zu seinen Zwecken stärken und tüchtiger macht." Tirado em vernáculo: "O todo é portanto estruturado (*articulatio*) e não amontoado (*coacervatio*); ele pode na verdade crescer internamente (*per intus susceptionem*), mas não externamente (*per appositionem*), e cresce como um corpo animal, cujo crescimento não lhe acrescenta nenhum membro, mas faz, sem mudança de proporção, cada um mais forte e mais apto à realização de seus fins" (Immanuel Kant, ob. cit., p. 748).

de de suas reflexões, a revolucionar a compreensão do Direito, afastando-se completamente do formalismo professado pela jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

A noção teleológica de sistema interno, expendida por von Jhering, caracteriza também a jurisprudência de interesses, bem como a Escola Livre do Direito. Mas foi a Teoria Marxista que fez o pensamento teleológico e sistêmico alcançar pontos extremos de oposição ao dedutivismo formalista, com os preceitos jurídicos conduzidos então às últimas conseqüências em termos de teorização material; algo comparável, em profundidade e extensão, ao que fizera Kelsen, do lado oposto, com o formalismo.

O Direito, que von Jhering considera matéria ou conteúdo, é agora para os marxistas, filosófica e sociologicamente, o interesse da classe dominante, isto é, o interesse que se especifica no fim único e exclusivo de manter as relações sociais de produção da estrutura capitalista da sociedade.

A ordem jurídica dos marxistas, traduzida em linguagem sistêmica, fica reduzida ou degradada a um subsistema aberto e dependente, de impossível autonomia. O vocabulário clássico dos teóricos marxistas designa esse mesmo estado de sujeição de modo mais compreensivo: o Direito não passa de uma superestrutura social.

Os marxistas contemporâneos reivindicam para Marx o haver feito a primeira análise verdadeiramente científica da Sociedade, ou pelo menos a mais abrangente até hoje conhecida, sobretudo quando vista em íntima conexão com a obra de Lenine, de que deriva o marxismo-leninismo, ou seja, a dogmática da ideologia socialista em sua versão mais profunda.

Com efeito, no célebre Prefácio à primeira edição do *Capital*, apresentava Marx como intento principal e último de sua obra descobrir ou revelar "a lei da dinâmica econômica da moderna sociedade" ("das oekonomische Bewegunsgsgesetz der modernen Gesellschaft zu enthuellen").[31]

Desde aí, toda a tradição dos estudos marxistas acerca da Sociedade fora sempre no sentido de uma interpretação global, implicitamente sistêmica, de que adviria, como adveio, segundo os termos da metodologia empregada, uma análise exaustiva de reconhecimento, pela sociologia marxista, das chamadas superestruturas sociais. Estas se assentavam sobre uma infra-estrutura econômica, expressa basicamente pelos meios de produção, sendo portanto o Direito apenas uma daquelas superestruturas.

31. Ver *Philosophisches Wörterbuch*, Georg Klaus e Manfred Buhr (orgs.), p. 1.509.

Fora do Direito, a concepção sistêmica, em sua formulação clássica e tradicional, sobretudo no campo filosófico, entrou em declínio, principalmente depois de alcançar seu ponto mais alto com a filosofia idealista de Hegel, cujo malogro espargiu o descrédito sobre o conceito de sistema na filosofia.

O descrédito foi de tal magnitude, inclusive na esfera jurídica, que Nietzsche não trepidou em flagelar o recurso ao sistema como "carência de criatividade jurídica" ou "doença do caráter", asseverando literalmente: "Comete fraude o pensador que agora apresentar um sistema".

8. *A ressurreição da noção de sistema na segunda metade do século XX e as principais correntes sistêmicas da atualidade*

Dificilmente poder-se-ia prognosticar que na segunda metade do século XX a noção de sistema ainda volveria ao campo das idéias como um conceito dominante. Mas isto veio a acontecer nas décadas mais recentes, com a ciência vivendo, de último, uma idade sistêmica inesperada ou explorando a idéia com a mesma vivacidade e ardor outrora visíveis entre os antigos filósofos construtores de sistemas.

Da filosofia, transitou aquela noção, após um interregno de esquecimento, para a ciência, onde tem sido acolhida como se fosse uma estupenda novidade. A redescoberta é obra de cientistas da natureza, sobretudo de biólogos e físicos, que durante os últimos trinta anos fizeram da concepção sistêmica o novo argumento da unidade ou universalidade científica.

O prestígio dessa teorização há sido amparado pelos extraordinários progressos da cibernética, bem como por uma metodologia extraordinariamente refinada que, nas ciências sociais, se fecha aos leigos, em razão do emprego, cada vez mais freqüente, de instrumentos lógicos e matemáticos. Disso resulta a introdução de linguagem científica a que raros têm acesso.

Vejamos a seguir, de modo sumário, dentro do campo social as mais importantes direções contemporâneas da teoria dos sistemas, bem como alguns reflexos que elas já projetam sobre o Direito.

A moderna concepção sistêmica nasceu fora do âmbito específico da sociologia ou do direito, no campo da biologia, da psicologia "gestáltica" e da antropologia social, onde as pesquisas nessa direção avul-

tam desde a década de 1920.[32] Sua irradiação na esfera das ciências sociais só se fez sentir com maior vigor a partir da década de 1950, quando o estímulo a essa expansão parece haver decorrido dos significativos progressos logrados nos anos de guerra, durante a década antecedente, desde o advento dos mísseis teleguiados e computadores, que abriram a era da cibernética e da automação.[33]

Uma plêiade de eminentes cientistas despontou nessa fase precursora, abrangendo nomes do quilate de Norbert Wiener, Shannon e W. R. Ashby, precedidos do biólogo austríaco L. von Bertalanffy, sem dúvida o primeiro a contribuir determinadamente para a formação de uma teoria geral dos sistemas.

Tanto a direção biológica quanto a posição cibernética concorreram sobremodo para que a teoria sistêmica produzisse imediatos e profundos efeitos no campo das ciências sociais.

O organicismo social professado desde o século XIX preparou, de certo modo, com a sua interpretação da Sociedade, o caminho à adoção da teoria dos sistemas, que veio, conforme ressalta Mackenzie, exatamente ultrapassar, de um lado, o reducionismo – análise de seres vivos como se fossem mera soma de partes –, doutra, o vitalismo, consagração de uma substância mística imprecisa, e um dos últimos pontos na escalada clássica do organicismo, em sua tenaz oposição às concepções sociais de teor mecanicista.[34]

As principais correntes contemporâneas que se ocupam com a análise de sistemas, exercendo poderoso influxo no campo das ciências sociais são, segundo Guenter Schmieg, nada menos que quatro.

Em primeiro lugar, depara-se-nos a Teoria Geral dos Sistemas (*General Systems Theory*), fundada por Bertalanffy, com as vistas volvidas para metas unificadoras, como teoria interdisciplinar das isomorfias, ou seja, das estruturas uniformes. Manifesta essa teoria tendência em se converter numa teoria da integração, empregando para tanto metodologia unitarista, de que resulta o mais alto grau de abstração possível, refletido, inclusive, conforme pondera aquele crítico, nas definições de sistema que oferece. Cai, porém, num formalismo que sacrifica a concretitude do sistema, os seus componentes materiais, visualizando assim o sistema pela forma e organização e não propriamente pelo conteúdo.[35]

32. J. M. Mackenzie, *Politics and Social Science*, Baltimore, 1967, p. 97.
33. W. J. M. Mackenzie, ob. cit., p. 98.
34. Ob. cit., p. 97.
35. Guenther Schmieg, "Systemanalyse", in *Handlexikon zur Politikwissenschaft*. 2, p. 444.

A segunda corrente se acha representada pela teoria sistêmica cibernética. Em 1947, Norbert Wiener, o pai da nova ordem de conhecimentos, empregou aquela expressão de origem grega (piloto, timoneiro), para designar o conjunto das pesquisas científicas que se ocupavam estritamente com a técnica de máquinas fornecedoras de dados e amplamente com as teorias acerca das possibilidades funcionais de sistemas de informações, abstraindo daí as peculiaridades especificamente físicas, fisiológicas, psicológicas ou sociais.[36]

A Cibernética em sua acepção mais larga vem definida no *Fischer-Lexikon* como "a Ciência da descrição matemática e da valorização construtiva de estruturas, relações, funções e sistemas gerais que são comuns a distintos campos da realidade".[37] Tem sido a Cibernética reconhecida como uma ciência de índole essencialmente matemática, que emprega métodos matemáticos e os introduz nas ciências particulares, buscando ao mesmo passo lançar entre as ciências uma "ponte", por onde possam circular conhecimentos em mútua direção.[38]

Os três componentes básicos do sistema cibernético, em recíproca interpenetração, são o sistema portador de processos, a informação e a regulação.[39]

A Cibernética revelou em primeiro lugar o parentesco de estruturas entre a técnica e a biologia, entre a máquina e o organismo, até estender essa mesma configuração à Sociedade, visualizada, em sua estrutura, como um sistema.

Importantes e fundamentais estudos trouxeram de imediato a aplicação daquela ciência ou arte (arte, segundo o entendimento de Louis Couffignal) ao domínio das Ciências Sociais. As contribuições mais relevantes ocorreram no campo da Ciência Política, com as obras de Karl W. Deutsch e Eberhard Lang, intituladas respectivamente *The Nerves of Government* (*Os Nervos do Governo*) e *Staat und Kybernetik* (*O Estado e a Cibernética*).[40]

36. É isso o que afirma Guenther Hartfiel no *Wörtebuch der Soziologie*, p. 368.
37. Veja-se o verbete "Kybernetik" no *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, 2, ob. cit., p. 211.
38. Helmar Frank editou, em 1965, em Frankfurt, na Alemanha Ocidental, uma obra sugestivamente intitulada *A Cibernética – Ponte entre as Ciências*, ou seja, *Kybernetik – Bruecke zwischen den Wissenschaften*.
39. Veja-se essa assertiva em "Kybernetik", in *Philosophisches Woerterbuch*, ob. cit., p. 640.
40. A obra de Deutsch apareceu nos Estados Unidos em 1963, sob o título: *The Nerves of Government; Models of Political Communication and Control*, tornando-

A primeira despertou, desde sua aparição, extraordinário alento à renovação e aprofundamento de estudos políticos, principalmente com respeito às relações internacionais. Mas ao modelo de Deutsch logo se levantaram pesadas críticas, algumas até irônicas, que lhe exprobravam o haver esquecido os "músculos" e os "ossos" do governo, em virtude de a análise ficar circunscrita apenas ao "sistema nervoso".

Outra objeção contra o publicista cibernético é a de que ele construiu seu modelo assentado sobre o pressuposto implícito da natureza autônoma ou autárquica do sistema político, quando o ponto de partida de análise sistêmica deveria ser o das condições de produção e distribuição social, conforme assinalam H. Tjaden, G. Klaus e outros.[41] A análise de Deutsch é também incriminada de esmaecer as fronteiras da realidade com o modelo, de modo a "coisificar" este. Não menos repreensível seria por igual, segundo outros, o sentido integrativo e convergencial do modelo, volvido para o consenso, relegando a plano inferior o dissenso, o conflito, a instabilidade e a "desestabilidade".

A terceira corrente sistêmica contemporânea surgiu com relativa autonomia dentro da órbita da Ciência Política. Sua principal figura teórica foi David Easton, que se concentrou numa análise do sistema político (o primeiro aliás a fazê-lo), conduzida ao redor de *inputs* e *outputs*, de reivindicações, apoios, tensões e decisões, produzindo uma nomenclatura que rompia com a linguagem da politologia clássica e tradicionalista e se afastava, tanto quanto possível, de suas categorias conceituais. Passemos a uma exposição mais ou menos literal e abreviada do pensamento daquele autor.

Parte Easton da compreensão da vida política como um conjunto de atividades relacionadas entre si ("a system of interrelated activities"), isto é, como um sistema, em que a idéia mesma de sistema já induz a possibilidade de separar, pelo menos para efeitos analíticos, o campo da atividade política do campo da atividade social.[42]

se desde então o livro clássico dos modelos cibernéticos na Ciência Política. O livro de Eberhard Lang veio a lume em Salzburg e Munique em 1966, sob o título *Staat und Kybernetik. Prolegomena zu einer Lehre von Staat als Regelkreis*, constituindo uma das mais importantes aplicações alemãs da teoria cibernética ao domínio dos fenômenos políticos.

41. Consulte-se a esse respeito a obra *Soziale Systeme*, que se publicou em 1971, em Neuwied e Berlim, por iniciativa editorial de K. H. Tjaden.

42. David Easton, "The Analysis of Political Systems", in *Political Sociology*, p. 39.

O sistema político confronta-se com seu meio (*environment*), onde outros sistemas podem encontrar-se. Esse meio, segundo Easton, se divide em duas partes: a intra-societária e a extra-societária.

A primeira é aquela sociedade onde coexistem ao lado do sistema político outros sistemas, a saber, os sistemas intra-societários, que abrangem comportamentos, atitudes e idéias, também denominados "economia, cultura, estrutura ou personalidades".[43]

Teríamos assim compondo o meio intra-societário o sistema ecológico, o sistema biológico, o psíquico (sistema de personalidade) bem como os sistemas sociais. Compreenderiam estes últimos, por sua vez, o sistema cultural, a estrutura social, o sistema econômico, o sistema demográfico e vários outros subsistemas.

O meio extra-societário ou sociedade internacional inclui todos aqueles sistemas situados fora da sociedade propriamente dita ou sociedade nacional, conforme a expressão clássica. Tais sistemas extra-societários são repartidos, por Easton, em três sistemas políticos internacionais, a saber, a NATO, a SEATO, as Nações Unidas etc. os sistemas ecológicos internacionais e os sistemas sociais internacionais. Figuram entre estes últimos o sistema cultural, a estrutura social, o sistema econômico e o sistema demográfico internacionais, bem como outros subsistemas.[44]

O sistema político de Easton, visto em relação ao meio intra-societário e extra-societário em que se situa, é subsistema do sistema social global. Sistema "aberto" em comunicação com o meio, está sujeito a pressões, que importam em distúrbios, capazes de eventualmente lhe afetarem a estabilidade.

O equilíbrio do sistema, sua capacidade de resposta ou reação às pressões do meio dependem, porém, da dinâmica dos *inputs* e *outputs*.

Os *inputs* são aquilo que entra no sistema e o alimenta. Podem ser de duas espécies: exigências, reclamações ou reivindicações (*demands*) e apoio ou sustentação (*support*).

Os *outputs* representam aquilo que o sistema produz, as suas decisões, os seus atos, as medidas que dele partem para atender às exigências que lhe são feitas ou para suscitar o apoio que lhe é necessário.

Os *inputs* e *outputs*, postos sempre numa relação dinâmica, formam um fluxo contínuo, de que resulta um processo de retroação, mediante o

43. David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, p. 22.

44. Veja-se o organograma de Easton em *A Systems Analysis...*, ob. cit., p. 23.

qual os *outputs* têm a propriedade de realimentar o sistema (*feedback*), moldando-lhe o comportamento subseqüente. Desse modo, diz Easton, os *outputs* podem alterar as influências que atuam sobre os *inputs* e, assim, modificar os próprios *inputs* subseqüentes. Graças ao retorno do fluxo de exigências e apoios, as autoridades do sistema político se informam acerca das possíveis conseqüências de seu comportamento antecedente, valendo-se, pois, das informações oriundas do *feedback* para "corrigir ou ajustar seu comportamento à consecução dos respectivos objetivos".[45]

Afirma Easton que, num universo sujeito a flutuações tão violentas quanto o nosso, é exatamente o fluxo desses efeitos e informações entre o sistema e o meio que, em última análise, permite ao sistema político sobreviver. Sem o *feedback*, pondera ele, "nenhum sistema, afinal, sobreviveria, salvo por acidente".[46]

A última das concepções sistêmicas contemporâneas a que estamos passando ligeira revista é enfim a do sociólogo Talcott Parsons, autor de uma teoria da ação social, importante, desde o início, por haver contribuído para afastar do campo das Ciências Sociais certas antinomias e dualismos (sociedade e natureza, sujeito e objeto, corpo e mente etc.) que embargavam o progresso da análise sociológica e nas quais estava jacente uma reflexão filosófica típica do idealismo neokantista. Parsons, desde a publicação, em 1931, da obra *The Structure of Social Action*, reflete aquilo que já se esboçava nas chamadas ciências exatas, como a física, a matemática e a biologia: a tendência para um método de unificação, que desembocaria depois na concepção sistêmica. Dessa, aquele cientista americano aparece indubitavelmente qual um dos precursores mais antigos, mais autônomos, mais originais, digno por conseguinte de um tratamento à parte.

Ocorre, porém, como ressalta Schmieg, que a análise estrutural funcionalista de sistema desenvolvida por Parsons carece de teor universalista, ficando circunscrita tão-somente à esfera humana e social; em outras palavras, não logra a dimensão de universalismo da Teoria Geral dos Sistemas ou das formas cibernéticas porquanto, ao invés de operar com uma categoria transpessoal, com a "informação", vale-se do "indivíduo interagente" como unidade central do sistema social.[47] Demais, é de ressaltar-lhe o caráter empírico, em contraste com o teor axiomático

45. David Easton, ob. cit., p. 32.

46. Ob. cit., p. 32.

47. Guenter Schmieg, "Systemanalyse", ob. cit., p. 445.

que a fundamentação matemática imprime à Teoria Geral dos Sistemas e à teoria cibernética.

Delimitado entre o sistema de personalidade e o sistema cultural, o sistema social de Parsons manifesta sempre a interação de um conjunto de atores individuais, de sorte que a interação se faz conceito-chave de sua análise sistêmica tanto quanto os conceitos de "papel", "posição", consenso, integração, funcionalidade e estabilidade.

Da interação como elemento central na análise sistêmica parsoniana, escreve lapidarmente um de seus críticos ingleses: "Um dos poucos modelos operatórios de Talcott Parsons é o da coexistência de *ego* e *alter*. *E* afeta *A* do mesmo modo como *A* afeta *E*, e o intercâmbio de ação e interação (pela palavra, pelo gesto, pela expressão igualmente) tem que ser explicado não como a soma de *E* mais *A* porém como 'o sistema social E/A'".[48]

Tem-se repreendido na obra de Parsons o caráter demasiadamente conservador de sua concepção sistêmica. Afirma-se que o sociólogo desenvolveu um modelo de sistema social assentado basicamente em categorias relativas ao equilíbrio e à conservação, obstaculizando ou até mesmo preterindo uma análise volvida para as funções e as estruturas do poder, da coação, do conflito, da desintegração e da mudança.[49]

Com respeito a essa constante de estabilidade e conservação que anima a sociologia parsoniana, houve quem ponderasse que se trata da parte mais sólida de sua construção teórica, aquela menos sujeita às freqüentes revisões que seu autor lhe tem trazido, conservando-a pois renitentemente apartada de uma interpretação da vida social em termos de conflito, revolução e catástrofe.[50]

No plano político, as teses de Parsons atuam sobre a concepção sistêmica de Almond e Powell, que assinalam em todo sistema, como notas básicas, a interdependência das partes e a fronteira ou limite do

48. "One of Talcott Parsons few working models is that of 'Ego' and 'Alter' coexisting. E affects A, as A affects E, and the interchange of action and interaction (by speech, gesture and expression alike) has to be explained not as 'E' plus 'A' but as 'the social system E/A'" (W. J. M. Mackenzie, ob. cit., p. 89).

49. Guenther Hartfiel, *Wörterbuch der Soziologie*, ob. cit., p. 500.

50. Leia-se assim em W. J. M. Mackenzie: "Parsons, não obstante, rejeita o tratamento do homem como coisa e a explicação da vida social em termos de persistente conflito e repetido cataclismo, não havendo feito nenhuma concessão nestes pontos de vista nas últimas versões de sua teoria" (*Politics and Social Science*, ob. cit., p. 88).

sistema com o meio.[51] Os sistemas sociais, dizem eles, não são feitos de indivíduos, mas de "papéis" (*social systems are made up not of individuals, but of roles*). Quanto ao sistema político, este se revela, segundo Almond, pela interação de papéis, estruturas e subsistemas, assim como pelas tendências psicológicas subjacentes (as atitudes, valores e crenças constitutivos da chamada *cultura política*), que afetam a interação.[52]

A interação é um processo que no sistema se desdobra – assevera Almond – em três fases: entrada (*input*), conversão (*conversion*) e saída (*output*). Diz ainda ele que os *inputs* e *outputs* põem o sistema político em relação com outros sistemas sociais, sendo, portanto, transações do sistema com o seu meio (*environment*) enquanto os processos de conversão se passam no interior do próprio sistema político.[53]

A interação, repetindo mais uma vez a fórmula de Almond, abrange primeiro os *inputs*, que procedem do meio ou do interior do próprio sistema político, a seguir, sua conversão dentro do sistema, e, finalmente, a produção dos *outputs* ou decisões. Tendo por destinatário o meio (a Sociedade), os *outputs* podem acarretar mudanças, que, por sua vez, afetam o sistema político: ocorre então aquilo que na linguagem sistêmica tem o nome de *feedback*.[54]

Em alguns autores, a visão sistêmica contemporânea se manifesta com mais simplicidade, reduzida apenas a duas correntes fundamentais: a do estruturalismo e a da metodologia cibernética, que tiveram por antecedentes nas Ciências Sociais o "holismo" e na psicologia as teorias gestálticas, inspirando-se aquela corrente no espírito matemático da Esco-

51. Almond e Powell, *Comparative Politics, a Developmental Approach*, p. 19.

52. Enquanto Easton identifica a natureza do *sistema político* pela distribuição autoritária de valores (*authoritative allocation of values*), Almond, aproximando-se mais do que este da mesma inspiração weberiana, assinala o teor de legitimidade que há de acompanhar aquela distribuição ou imposição. A legitimidade perpassa todo o sistema político e lhe imprime coerência, sendo ao mesmo passo matriz de um conceito importantíssimo, ou seja, o de cultura política. Parsons também é weberiano. Soberania e Estado são termos abolidos da nomenclatura sistêmica. O Estado é o *sistema político* na linguagem dos publicistas sistêmicos, sobretudo dos americanos e ingleses, que tiveram razões históricas para não desenvolverem os conceitos de Estado e soberania. Os americanos, como habitantes de um continente, e os ingleses, de uma ilha, ambos jamais se viram expostos ao desafio e à intensidade das contestações e das ameaças iminentes que pesaram sobre as sociedades políticas continentais da Europa, propiciando-lhes aquelas conotações *nacionais* de poder, traduzidos nos referidos conceitos.

53. Almond e Powell, ob. cit., pp. 20/21.

54. Almond e Powell, ob. cit., pp. 24/25.

la de Viena. Mario Losano, ao fazer essa formulação, se refere assinaladamente, a Bertalanffy, que, partindo da Áustria para os Estados Unidos, estabeleceu o enlace dos teoristas vienenses com os empiristas americanos através da metodologia matemática. Daqui nasceram, segundo ele, os pressupostos da cibernética clássica.[55]

9. *A moderna concepção de sistema jurídico: a Teoria Dialógica do Direito*

Vejamos agora as aplicações da concepção sistêmica ao campo específico do Direito. Aqui Losano, o teorista italiano dos sistemas, emprega uma terminologia toda especial que lhe permite distinguir a "estruturística" jurídica do "estruturalismo" jurídico.

A "estruturística" faz a análise estática das estruturas, abrangendo, por exemplo, todas aquelas concepções clássicas de sistema já referidas neste estudo em relação ao Direito.

Quanto ao "estruturalismo", este parte, segundo aquele autor, da noção de sistema interno, refletindo sobre o nexo que unifica as suas partes integrantes bem como sobre as relações que se estabelecem entre os elementos componentes para então fazer a análise das leis de transformação da realidade, que no caso seria uma determinada realidade jurídica.[56] No entanto, Losano exprime patente pessimismo com respeito aos resultados tanto do estruturalismo como da cibernética, no tocante ao Direito, distinguindo nesta última os modelos jurídicos (a "modelística") e a informática. Com os modelos, a metodologia cibernética é empregada ao nível do ordenamento jurídico geral; com a informática, busca-se, em nível setorial, elaborar e "memorizar" dados jurídicos de máxima precisão.[57]

Entre os juristas alemães contemporâneos há posições manifestamente mais otimistas, como a de Rolf-Peter Calliess, que intenta ultrapassar o dualismo clássico direito positivo/direito natural, através de uma concepção sistêmica do Direito, inspirada na metodologia cibernética.

Faz ele primeiro um exame crítico das duas posições, mostrando como de seu confronto há derivado uma separação irremediável entre sujeito e objeto, ser e dever ser, natureza e história, contraste que é um produto típico do influxo antinômico e dualístico das posições neokan-

55. *Sistema e Struttura nel Diritto*, ob. cit., pp. XXVII/XXVIII.

56. M. G. Losano, ob. cit., p. XXIX.

57. M. G. Losano, ob. cit., p. XXXI.

tistas. Afirma aquele jurista que o "renascimento" do direito natural, ocorrido desde 1945, está fadado ao malogro, com os pratos da balança a se inclinarem, de último, em favor de um pragmatismo positivo da lei, após a estabilização das condições políticas e econômicas da Sociedade.

Assinala que em virtude do criticismo racional de Kant se fez impossível restabelecer os princípios de direito natural em sua forma primitiva, ou conferir caráter estritamente genérico ao conteúdo do direito natural, tendo o filósofo prussiano aprofundado o hiato cartesiano sujeito-objeto, de tal modo que a alternativa moderna sempre foi esta: direito natural ou direito positivo.[58] O primeiro, entregando-se ao subjetivismo idealista para alcançar a Justiça; o segundo, sacrificando o problema da verdade para obter a Segurança.

A "injustiça legislada" durante as épocas mais agudas do positivismo jurídico de nosso século (haja visto o período nacional-socialista) marcou o auge da crise na controvérsia doutrinária entre os dois direitos.

O positivismo, ao contrário do jusnaturalismo – tão fecundo em produção doutrinária – se asilou, primeiro, no formalismo, para depois esvaziar-se como lógica, teoria do conhecimento ou simples metodologia. Não logrou justificar-se, não apresentou nenhuma teoria satisfatória sobre si mesmo e, finalmente, não delimitou suas próprias fronteiras, segundo Wenzel e Calliess, que ponderaram assim a esterilidade doutrinária do positivismo.[59]

Quanto ao jusnaturalismo, este, por sua vez, teria demonstrado, como sempre, sua incapacidade para responder, numa determinada situação histórica concreta, ao problema dos fundamentos de validez do Direito.

O resultado é que os dois direitos aparentemente entraram num "beco sem saída". Mas a saída existe e Calliess se empenha em teorizar para encontrá-la. Sua teorização se faz no campo das concepções sistêmicas de inspiração cibernética. Todas as dificuldades anteriores residiam, segundo Calliess, naquele contraste "solipsístico" sujeito-objeto, em que se opunha a "interioridade" do Direito à sua "exterioridade" objetiva.

O novo caminho preconizado pela diretriz sistêmica conduz a uma compreensão superadora de semelhante contraste, tornando-se assim o Direito aquela realidade, determinada por uma estrutura permeada de historicidade. Ou, segundo acrescenta aquele jurista, estribado em Berger

58. Rolf-Peter Calliess, "Rechtstheorie als Systemtheorie", in *Rechtstheorie, Beiträge zur Grundlagendiskussion*, pp. 142/144.

59. Rolf-Peter Calliess, ob. cit., p. 153, e Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 325.

e Luchmann, o Direito como estrutura de sistemas sociais, significa sempre uma "construção social da realidade".[60] O que se busca, portanto, é mostrar e descobrir o processo de realização do Direito "em que aparece, não o homem e o Direito, mas o homem no Direito, a Sociedade como constitutivo do jurídico e o Direito como constitutivo do social".[61] Disso resulta, segundo Calliess, que o jurista deixa de ser visto ou compreendido por observador e manipulador do Direito, para reconhecer-se, ele também, parte ou ator, imerso na própria realidade jurídica, feita, acrescentamos nós aqui, de *actio*, *status* e *reactio*, a fim de evidenciar ainda mais a interação.[62]

Inspirado, pois, na sociologia de Luhmann (a sociologia enquanto teoria dos sistemas sociais), intenta aquele jurista explicar o Direito como *estrutura dialógica dos sistemas sociais*, isto é, como "algo" situado entre as categorias sujeito e objeto, ou seja, uma espécie de esfera autônoma e conciliatória em relação a ambas.

A concepção sistêmica do Direito nasce, segundo ele, para atender a necessidades impostergáveis da sociedade técnico-científica, que repousa, em sua estrutura, sobre sistemas de planejamento, os quais suscitam problemas de grande pesquisa e projetos, impossíveis de solucionar mediante o emprego de modelos de ordenação, apropriados, como na concepção clássica do Direito, a formas já ultrapassadas de cultura agrária ("bauerlichagrarischen Kultur"), onde a unidade de produção era a terra.[63]

A concepção do Direito reduzida a um processo verbal conciliatório de interação, informação e comunicação, ou seja, a uma estrutura dialógica dos sistemas sociais, torna, segundo Calliess, obsoletos os correntes modelos do Direito, assentados no dualismo sujeito-objeto, isto é, em reflexão volvida para coisas, substâncias ou esferas pessoais e reais mutuamente delimitadas.[64]

A nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal, qual se depreende das linhas expositivas daquele jurista, proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de

60. Rolf-Peter Calliess, ob. cit., p. 154.

61. Ibidem, p. 153.

62. Ibidem, p. 153.

63. Idem, ibidem, p. 161.

64. Idem, ibidem, p. 160.

informar-se como de comunicar-se "numa sociedade compreendida em permanente processo de formação".[65]

Conceitos tradicionais sobre direito objetivo, direito subjetivo, propriedade, execução da pena etc., têm que ser revistos à luz de uma teoria que se arreda, conforme Calliess acentua, da usual definição do Direito enquanto "relação juridicamente regulada de uma pessoa com outra pessoa ou com objetos (coisas ou direitos) para se inclinar no sentido do conceito novo de relação interpessoal *medianeira* de problemas ou coisas".[66]

A concepção sistêmica do Direito é unitária e de fundamento naturalista, representando assim uma nova posição sugerida do campo das ciências naturais, donde parte, com muito mais força e profundidade talvez que aquele movimento, de inspiração semelhante, havido no século passado, cujos produtos foram o positivismo e o empirismo de algumas escolas jurídicas. Tem analogia também, pela força com que ora repercute, com a reação idealista dos juristas alemães neokantistas, quando estes salvaram a Filosofia do Direito da preterição e do descrédito em que caíra como metafísica jusnaturalista já ultrapassada.

À primeira vista, os defensores da posição recém-criada apresentam-se por superadores do positivismo e do direito natural "científico" (exemplifiquemos com Stammler e o seu direito natural de conteúdo variável). Mas em verdade o que a nova corrente constitui é no âmago uma reorientação metodológica, uma reelaboração conceitual que intenta fazer com o positivismo aquilo que analogicamente fizeram os neokantistas idealistas com o velho direito natural de raízes racionais e universalistas.

Confessa um dos propugnadores da nova teorização que o Direito não pode desprender-se dos processos sociais de apropriação e de dominação da natureza, sobre a qual atua do mesmo modo que esta, em suas atuais formas concretas, influi constitutivamente, e de maneira recíproca, sobre a realidade social.[67]

É teorização dependente sobretudo da forma como a ciência e a técnica de último têm imposto diferentes processos sociais de apropriação e dominação da natureza, dos quais deriva uma distinta e correspondente estrutura jurídica dos sistemas sociais, dinamizada e "revolucionada" de forma fundamental, a par de uma "dialogação" igualmente essencial das estruturas sistêmicas.[68] O sistema, mediante a *actio*, a *reactio* e o

65. Idem, ibidem, pp. 160/161.
66. Idem, ibidem, p. 160.
67. Idem, ibidem, p. 162.
68. Idem, ibidem, p. 162.

status, representa, no dizer daquele jurista, um processo de produção do *Direito* (*Rechtsgewinnung*), em que o Direito não é "encontrado" (*gefunden*) conforme pretendiam os jusnaturalistas, em sua busca das máximas "eternas" da natureza e da razão, nem tampouco objetivamente "descoberto" (*entdeckt*), à maneira das leis da natureza, consoante aspiravam os positivistas, mas primeiro há de ser firmemente comprovado como "resultado do diálogo" (*Gespraechergebnis*) e estabelecido por via decisória.[69]

A concepção jurídica dos sistemas se vale então de um conceito de Luhmann: o da "redução da complexidade do meio", em que tal redução significa a escolha ou seleção de um certo número de alternativas, isto é, de possíveis respostas num processo de solução de problemas sociais. Mas logo adverte Calliess que limitar a compreensão do Direito a uma redução de complexidades eqüivaleria a recair na problemática dualista sujeito-objeto, precisamente aquela que a teoria procura remover para alcançar uma noção mais segura dos fenômenos jurídicos. Daqui adviria também uma conseqüência não menos deplorável e inconveniente: o processo de produção jurídica voltaria a ser teorizado em termos de legislação e jurisprudência, com a Ciência do Direito reduzida a uma "ciência de interpretação" das leis.

Nessa visão tão apertada não haveria pois lugar para a esfera muito mais importante do planejamento do Direito e do traçado das estruturas sociais.[70] A teoria da estrutura dialógica do Direito é teoria que politiza sobremodo a formação do Direito, compreendendo unitariamente o processo de sua produção e finalmente fornecendo "a moldura categorial para um entendimento necessariamente mais largo da Ciência do Direito como ciência também da planificação do Direito".[71]

10. O sistema constitucional em face da concepção sistêmica contemporânea

Compreendendo a Ciência do Direito como ciência da direção e da regulação dos processos sociais, a teoria sistêmica poderá sem dúvida abrir caminho amanhã a uma investigação mais ampla e eficaz acerca da natureza do sistema constitucional.

Não conhecemos ainda nenhuma aplicação dessa teoria ao campo constitucional. Mas, como já se acham deveras adiantados os estudos

69. Idem, ibidem, p. 164.
70. Idem, ibidem, p. 165.
71. Idem, ibidem, p. 166.

sobre a teoria material da Constituição, inculcando de certo modo a necessidade de passar a uma esfera mais elevada e abrangente de reflexão, e como no Direito em geral já se esboçam também ensaios de análise sistêmica da amplitude daquela que há pouco referimos, é de prever que se chegue breve a uma teorização sistêmica com respeito ao ordenamento constitucional propriamente dito.

As mesmas razões invocadas pelos juristas da teoria dialógica do Direito para legitimar, em nome dos imperativos de uma cultura científico-tecnológica, a revisão dos conceitos tradicionais, que se prendem à dualidade sujeito-objeto no quadro da velha antinomia direito natural/direito positivo, sem dúvida subsistem com idêntica força quando se trata do Direito Constitucional.

Com efeito, em se tratando da Constituição, as fronteiras desta podem delimitar-se com mais facilidade, compondo a moldura de um sistema aberto à ambiência social, com estruturas funcionais explicáveis mediante processos de interação, informação e comunicação, a saber, no estilo cibernético já proposto à análise do Direito.

Demais, a concepção sistêmica da Constituição importaria também uma revisão profunda do conceito de constitucionalidade, que se alargaria consideravelmente, numa pauta de flexão a cujas exigências se mostraria sensível e acolhedor o juízo político, mas de todo infenso talvez o raciocínio puramente jurídico.

As Constituições-programas ou Constituições-planos convidam ao aprofundamento dessa inquirição, que viria em seu proveito, pois não padece dúvida que uma concepção sistêmica, fazendo mais dinâmica a ação do Direito sobre a Sociedade, e alargando o influxo da Sociedade sobre o Direito (pedimos escusas de empregar aqui nessa singela tentativa de exposição sistêmica a terminologia clássica que – advirta-se – é sempre suspeita à nomenclatura dos modernos teoristas de sistemas) ajudaria a explicar em bases teóricas indulgentes a ação de certos mecanismos do poder. Nisso porém reside o mais grave defeito de todas as concepções sistêmicas do Direito ou da Constituição, caso venham efetivamente a esboçar-se: é que elas podem conduzir a uma desintegração do "jurídico" pelo "político", afrouxando os laços da juridicidade e da constitucionalidade ou ampliando estes conceitos a um grau de politização tão intolerável, de efeitos tão irreparavelmente negativos e funestos, que importariam o sacrifício do homem ao sistema, da liberdade ao ordenamento, inaugurando assim, em última análise, uma versão mais aperfeiçoada de totalitarismo jurídico e político, dissimulado na legitimidade tecnocrática, perante a qual sucumbiriam, enfim, os valores da pessoa humana, aqueles que a tradição do Ocidente em vão intentaria amparar.

11. A concepção de sistema e a hermenêutica constitucional

A noção de sistema tem fecunda aplicação no âmbito da hermenêutica constitucional. Sua presença tácita se infere por exemplo do texto da Constituição da Tchecoslováquia, de 1948, ao estabelecer como regra interpretativa de natureza constitucional que "a interpretação das diversas partes da Constituição deve inspirar-se no seu conjunto e nos princípios gerais sobre os quais se alicerça".

Trata-se, aliás, de uma das raríssimas intervenções do poder constituinte na disciplina da interpretação constitucional. Normalmente, as Constituições não se ocupam do assunto nem estatuem regras interpretativas.

A doutrina, ao contrário do Direito Constitucional positivo, oferece espaço menos apertado à introdução de elementos sistêmicos na metodologia da interpretação. Desde Savigny, o sistema serve de base a um dos métodos mais conhecidos da hermenêutica clássica, ou seja, a chamada interpretação sistemática, assentada sobre bases racionais e lógicas, que compõem assim o método ou instrumento lógico-sistemático de interpretação. Graças a esse meio hermenêutico, é possível inquirir a norma em sua essência lógica, em conexão com as demais normas e, finalmente, referi-la a todo o ordenamento jurídico.

Esse método há sido transplantado também para o campo do Direito Constitucional, pois nenhuma objeção grave se fez à recepção ali da metodologia interpretativa tradicionalmente empregada com relação às regras ordinárias do ordenamento, ou seja, aquelas destituídas de caráter constitucional.

Rigorosamente, não existe distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, posto que haja distinções decorrentes da peculiaridade das regras básicas, de seu conteúdo ou aspecto material, mas que não devem afetar a essência jurídica da norma.[72] Dizemos "não devem afetar" porquanto o conteúdo da norma constitucional há sido desde muito objeto de incisivas controvérsias na esfera teórica. Posições há clara-

72. Na mesma direção, o constitucionalista Ralf Dreier, quando mostra que a diferença entre a norma constitucional e as demais normas do ordenamento é tão-somente de grau e não de princípio. As normas ordinárias se defrontam, segundo ele, com idênticos problemas de concretização e interpretação, contendo também cláusulas gerais; de sorte que a peculiaridade das regras constitucionais, presas ao prévio esclarecimento de conceitos ideológicos, em nada altera nos fundamentos o caráter de interpretação da Constituição como uma interpretação de lei. Veja-se a esse respeito Ralf Dreier, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, pp. 13/14.

mente antagônicas ao reconhecimento da plena *juridicidade* daquela norma, uma vez que a matéria sobre a qual versa é também de índole *política*, determinando assim o tratamento excepcional atribuído pela doutrina ao seu exame e a sua precisa caracterização no quadro da normatividade.

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.

A idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.

Vinculada ao conceito de sistema, cada Constituição adquire, por conseguinte, um certo perfil ou caráter individual, traço peculiar que o intérprete não deve menosprezar, do contrário jamais logrará penetrar o verdadeiro "espírito da Constituição", cujo reconhecimento é indispensável para que ele possa inferir o sentido essencial das normas fundamentais.

Essa feição particular, formadora do espírito da Constituição, deriva dos valores que entram no sistema, nele vivem e atuam, e sobre ele se projetam com uma abrangência irresistível, conferindo supremacia à realidade respectiva. Assim, a título explicativo, faz-se mister assinalar, como excelentemente ponderou Leibholz, que alguns direitos fundamentais disciplinados em outros sistemas constitucionais de forma absolutamente idêntica, vazados nas mesmas palavras, recebem contudo interpretação de todo distinta, em razão unicamente da distinta realidade política que refletem.[73]

Nunca é de esquecer, pois, que toda interpretação constitucional não somente varia segundo a modalidade de Constituição senão que, aplicada à mesma forma de Constituição, está sujeita também a modificações impostas pela "força normativa" do fato social ou da realidade política, conforme admiravelmente assinalaram Jellinek e Hesse, em contribuições clássicas ao estudo da teoria constitucional.

73. G. Leibholz, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, p. 119.

A interpretação sistemática da Constituição permite ainda estabelecer no regime político a sede daqueles valores a que a linguagem jurídica conferiu a denominação de princípios constitucionais. Nesses valores se inspiram ou têm base os direitos fundamentais, bem como as normas constitucionais de organização e competência.

Cai assim por terra a tese de quantos proclamam o caráter puramente técnico e avalorativo das normas organizadoras do poder estatal, das quais a mais presa talvez a um conteúdo materialmente "valorado" é, sem dúvida, aquela que, nos ordenamentos democráticos ocidentais, instituiu a separação de poderes. Razões ideológicas já presentes em Montesquieu, seu principal teorista, fizeram com que a separação, de simples técnica de organização do governo, se convertesse em princípio constitucional de tutela da liberdade contra os abusos e as usurpações do poder.

A interpretação de todas as normas constitucionais vem portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema. Faz-se assim suspeita ou falha toda análise interpretativa de normas constitucionais tomadas insuladamente, à margem do amplo contexto que deriva do sistema constitucional. De modo que nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de organização ou construção do Estado, será idônea, fora dos cânones da interpretação sistemática, única apta a iluminar a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido para exprimir-lhe corretamente o alcance e grau de eficácia.

A importância da interpretação sistemática, ainda em seus moldes clássicos, desde seu reconhecimento por Savigny[74] como uma das variantes instrumentais que a reflexão jurídica propôs ao exame da norma, continua a ser assinalada tanto na doutrina como na jurisprudência.

Com respeito à doutrina, basta lembrar o apreço que os constitucionalistas têm de último manifestado à noção de sistema, a ponto de um deles afirmar que todo método de interpretação, de uma forma ou de outra, há de lidar sempre com aquele conceito[75] e que a Ciência do Di-

74. Em 1840, Savigny, no *System der heutigen Römischen Rechts* lançou as bases clássicas da moderna hermenêutica jurídica ao distinguir os quatro elementos sucessivos de toda interpretação jurídica: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, sobre os quais procura apoiar-se ainda em nosso século grande parte das análises interpretativas, presas à inspiração clássica.

75. Peter Schneider, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, p. 37. A importância da inquirição sistemática, em termos tradicionais, é também assinalada com toda a clareza por Li Bassi, ao asseverar: "E pelo que toca aos resultados da própria indagação sistemática, basta notar que a mesma conduz a particularizar certos aspec-

reito "ou é sistemática ou não é nada".[76] De modo não menos significativo, Norbert Wimmer abre as páginas de seu livro acerca da compreensão material da Constituição asseverando que a Ciência do Direito é ao mesmo tempo "sistemática" e "histórica".[77]

Quanto à jurisprudência, vem-nos da Alemanha a posição fixada em arestos da Corte Constitucional, que não admitem seja uma prescrição constitucional interpretada de forma isolada. Os princípios constitucionais são ponto importantíssimo de referência dentro da interpretação sistemática. Mas em nome do método mesmo, cumpre advertir contra seu emprego solitário, como se um único princípio pudesse absorver ou explicar na esfera concreta a ordem constitucional: com isso estaria falseada a essência do sistema.

Assim, princípios que compõem um sistema jurídico-democrático, tais como a liberdade e a igualdade, têm que ser postos conjuntamente, em relação dialética com a realidade, num debate de compromisso, em busca da solução mais adequada, evitando-se construções unilaterais ou unidimensionais, que importem o sacrifício de um princípio em proveito de outro: por exemplo, a igualdade sufocando a liberdade, ou a liberdade reprimindo a igualdade.

Paralelamente aos moldes sugeridos pela Ciência Jurídica e por suas regras de hermenêutica, é possível também no Direito Constitucional colocar em destaque o conceito de sistema e sujeitá-lo a um reconhecimento que consinta extrair, mediante análise basicamente didática, duas distintas concepções, em estrita harmonia com a divisão contemporânea do direito fundamental nas duas correntes já referidas e discrepantes: a que deriva do formalismo constitucional e a que emana da teoria material da Constituição. Em ambas, o sistema toma feição de todo particular e repercute de modo diferente sobre a interpretação constitucional.

Vejamos a seguir os traços que caracterizam o sistema constitucional conforme sua matriz seja a inspiração formalista ou a sugestão teleológica e valorativa.

tos da normatividade constitucional, precedentemente transcurados ou escassamente avaliados pelos intérpretes, a colher especiais implicações ou a deduzir certas conseqüências de diversas disposições ou de diversos setores da Constituição, a especificar e aprofundar o conteúdo e o alcance de princípios isolados, distinguindo-os de outros mais gerais ou mais particulares, a coordenar e harmonizar entre si princípios diferentes, e também a formular princípios interpretativos específicos". Veja-se Antonino Pensovecchio Li Bassi, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionale*, p. 49.

76. H. J. Wollf, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, pp. 195 e 205.

77. N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, p. 1.

No primeiro caso, estamos em presença de um sistema constitucional axiomático-dedutivo. Esse sistema é obra de extensa elaboração teórica que a filosofia do Direito e do Estado pode perfeitamente explicar. Suas antecedências doutrinárias mais remotas jazem no movimento racionalista de idéias do século XVIII, na filosofia kantista, em Savigny e sua metodologia de interpretação do Direito, na jurisprudência dos conceitos e, finalmente, passando para a esfera publicística, determinaram o advento das Constituições formais e rígidas, recebendo durante o século XIX na Alemanha sua justificação doutrinária mais acabada com o formalismo da obra jurídica de Paul Laband no campo do Direito Público.

Método por excelência da ciência clássica do Direito, o axiomático dedutivo busca alcançar o mais efetivo grau possível de objetividade e certeza da norma, como regra pura e abstrata, de tal maneira que alguns a ele se reportam debaixo da designação de método objetivo, em contraste com o método subjetivo. Sua objetividade abstrata máxima ocorre no positivismo formal da Escola de Viena, nomeadamente na Teoria Pura do Direito de Kelsen, que é o ponto extremo a que pode chegar o sistema axiomático-dedutivo.

As grandes vantagens abonadoras desse sistema, segundo o consenso de seus adeptos, gravitam precisamente ao redor daquele teor de objetividade, que em matéria de hermenêutica constitucional permite ao intérprete alcançar uma verdade lógica, em bases científicas, apartada de subjetivismos ou condicionamentos valorativos.

A segurança jurídica logra por esse caminho seu grau mais elevado, o que explica como semelhante sistema, de professada neutralidade axiológica, e até certo ponto volvido para um absoluto desprezo de fins, tenha logrado seu apogeu no âmbito histórico do Estado liberal, servindo de pedestal a uma consagrada forma de ordenamento jurídico: o chamado Estado de Direito.

O método objetivo do sistema axiomático-dedutivo intenta resolver, em matéria interpretativa, o problema capital das premissas. E o faz simplesmente mediante um raciocínio de objetividade em que fica na prática cortada a relação entre as premissas do sistema e os valores da Constituição material.[78] O positivismo formal concebe a Constituição normativa como sistema unitário, completo, absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete na aplicação do Direito procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta de todo aquela necessidade de uma busca de premissas mate-

78. N. Wimmer, ob. cit., p. 54.

riais ou de conteúdo, derivadas da Constituição mesma, bem como dispensa toda apreciação dos fins e valores, sendo sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação.[79]

A teoria interpretativa decorrente dessa forma abstrata de sistema se apóia sobre o método objetivo, ao mesmo passo que anula por inteiro a função decisória do intérprete, do juiz ou do jurista, que alguns impropriamente chamam criativa.

A vontade que o intérprete deduz do sistema para fazê-la eficaz numa determinada relação jurídica é a vontade originariamente posta pelo legislador, mas que, transferida à norma em caráter definitivo, se converte doravante na "*ratio* formalizada",[80] isto é, em algo comparável à criatura cuja vida já não depende de seu criador, e por isso segue autônoma e indiferente o respectivo curso.

Ao intérprete, pois, quando aplica o Direito, cabe tão-somente inferir do sistema normativo os critérios de interpretação que o legislador forneceu, os quais, caso venham a mostrar-se insuficientes, não devem ser perquiridos na vontade do legislador, senão naquela normatividade mesma que este engendrou.

Sendo a lei o instrumento central do sistema, segundo a concepção puramente abstrata, o juiz, quer se trate de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, há de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, rejeitando os pressupostos extralegais e ficando de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, e tradicionalmente civilístico, da "boca que profere a palavra da lei" ou que, no ato interpretativo da Constituição, longe de criar um novo direito, se cinge tão-somente a anunciar "aquilo que o constituinte já havia decidido".[81]

O problema das lacunas, insolúvel, segundo alguns juristas, por meio de uma concepção abstrata de sistema, tem sido apresentado como o obstáculo mais difícil de remover por quantos se inspiram unicamente nos métodos de todo formais da tradição positivista de Laband e Kelsen.

Com efeito, desde que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como pseudoproblemas, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um

79. N. Wimmer, ob. cit., p. 10.

80. Kindt-Kiefer, *Über die Fundamentalstruktur des Staates*, p. 404.

81. Veja-se Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, p. 283, e N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 8.

alheamento da realidade, um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional, a quem falta o recurso às evasivas civilistas, que têm consentido, sem quebra da metodologia de subsunção, considerar as lacunas jurídicas uma exceção e buscar-lhe o preenchimento sucessivamente na analogia, nos valores e fins pretendidos pelo legislador, nas representações valorativas da comunidade, e, como se tudo isso ainda não bastasse, até mesmo em considerações emanadas de valorações meramente pessoais ou subjetivas.[82]

Os insucessos resultantes do formalismo positivista, onde o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, fizeram a reflexão de alguns constitucionalistas se volver para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que pedem uma interpretação "justa" da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, de serem resolvidos interpretativamente e não raro escapam, rebeldes, aos critérios disponíveis de ordenação jurídica.

Caiu assim o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição carente de premissas sistemáticas ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição portanto do malogrado sistema axiomático-dedutivo.

As antecedências privatistas da nova metodologia, de evidente caráter funcional, remontam no direito alemão à jurisprudência dos interesses e culminam com a Escola Livre do Direito, que está para a nova teoria material da Constituição assim como a Escola de Viena, ou seja, a Teoria Pura do Direito, se acha para a clássica teoria formal da Constituição.

O novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional já não é tão-somente o sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores, que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade, na medida em que tem

82. Eckardt, *Die Verfassungskonforme Gesetzeaulegung*, p. 32, e N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 56.

uma eficácia fundamental, de maneira a moldar e ativar instituições básicas, compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo.

As ambições metodológicas da nova direção sistemática gravitam em torno daqueles pontos em que mais estrondoso tem sido o fracasso dos formalistas, nomeadamente os kelsenianos do Direito Constitucional, incapazes de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade de sentido da Constituição.[83] Em conseqüência disso, a desatualização dos textos normativos produz graves desequilíbrios entre a Constituição formal e a Constituição real, traduzidos na freqüência das crises constitucionais, que a ortodoxia neutralista de juristas e juízes não logra remover pelas vias mais largas da interpretação construtiva.

Com o sistema axiológico-teleológico transita-se da ultrapassada metodologia monista do sistema axiomático-dedutivo para uma metodologia pluralista no âmbito da interpretação constitucional, capaz de comportar distintas formas de exame da norma e seu conteúdo material, formas imanentes à natureza mesma do objeto.[84]

Inspirados na teoria material da Constituição, os novos métodos, confrontados com o dogma hermenêutico do formalismo – o método objetivo – apresentam, segundo alguns juristas, compensações possivelmente vantajosas: o que perdem em rigor lógico ganham em análise estimativa do objeto, visto por uma certa multiplicidade de perspectivas.[85]

A perda ou erosão de normatividade é fenômeno que Wimmer, Forsthoff e Winkler encaram com pessimismo, vendo-o propagar-se do Direito Constitucional ao Direito Administrativo, até alastrar-se por toda a esfera do Direito Público. Configura assim uma crise de vastas proporções, com a Constituição formal sujeita a processo de quase desintegração, em que o figurino normativo somente alcança disciplinar com relativa eficácia um fragmento da realidade estatal.[86] Disso procede, segundo Wimmer, que a Constituição normativa é cada vez menos uma ordem fundamental e cada vez mais uma regulação de negócios estatais.[87]

83. N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 12.
84. Peter Badura, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, p. 62.
85. N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 14.
86. Ernest Forsthoff, in *Epirrhosis, Festgabe fuer Carl Schmitt*, 1ª parte, 1968, pp. 185 e ss. e N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 20.
87. N. Wimmer, ob. cit., p. 20.

A teoria material da Constituição, ao estabelecer a concepção de um sistema constitucional de fundamentos valorativos e finalísticos, parece ter vindo em socorro dessa averiguada decadência do normativo. Em nome de uma reflexão realista, procura integrar o sistema na verdade dos valores, encontrando, porém, mais facilidade teórica em conciliá-lo com a Sociedade do que com o Direito, daqui resultando um novo desequilíbrio na balança constitucional, em que o conteúdo prepondera sobre a forma, até anular os elementos de certeza e segurança decorrentes da juridicidade formal.

Como sistema volvido para o sentido material da ordem jurídica, o sistema constitucional do modelo axiológico-teleológico fez da ideologia um instrumento interpretativo. Verificou-se, contudo, que esse modelo politizava a Constituição ao máximo, retirando à norma constitucional toda sua juridicidade e eficácia ou dissolvendo-a no subjetivismo dos intérpretes, visto que "o sentido normativo da Constituição passou a ser determinado pelo entendimento que o intérprete tem da Constituição".[88]

Se o formalismo exagerado esvaziara o sistema constitucional axiomático-dedutivo, também a teoria material da Constituição depois de quase desintegrar-se em razão da carência de normatividade, resultante das pressões ideológicas sobre o ato interpretativo, concebido como ato de livre criatividade, viu-se também alvo de uma reação por igual esvaziadora, que a conduziu a uma concepção tecnocrática do sistema constitucional, com o Direito se reduzindo a mera técnica, ou seja, a um expediente neutralizante, o suficiente para reconhecer-se aí uma volta ao formalismo por via inversa ou oblíqua.

A conseqüência dessa atitude é aquilo que Kaegi há mais de trinta anos já assinalara com surpreendente perspicuidade: a perda pelas Constituições do sentido de essencialidade de seu conteúdo.[89]

No sistema axiológico-teleológico, oriundo da teoria material da Constituição, em rigor não se interpreta a norma, interpreta-se-lhe o conteúdo; para o intérprete a norma aparentemente é secundária: o fundamental é o objeto de que ela se ocupa, que a faz inteligível no âmbito de uma consideração sistemática, cuja dilatação, por conseqüência, abrange todo o ordenamento constitucional, ou seja, toda a matéria que esse ordenamento reveste. Sem embargo do contraste entre os dois sistemas,

88. Horst Ehmke, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, publicação da Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, fasc. 220, pp. 55 e ss.; Mueller, *Normstruktur und Normativität*, 1963, pp. 47 e ss. e N. Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, ob. cit., p. 25.
89. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, p. 59.

o axiomático-dedutivo e o axiológico-teleológico, cumpre precatar-se de um equívoco que consiste em supor inúteis as operações lógicas – tão características do primeiro – na metodologia interpretativa do segundo, aquela inspirada em fundamentos valorativos.

O reconhecimento e a aplicação de valores na ordem normativa não é fruto apenas do emprego de meios intuitivos ou subjetivos, pois em verdade o argumento lógico pode entrar também em cena toda vez que o intérprete busque afastar valores estranhos ao sistema, para estabelecer no interior deste as conexões axiológicas de conteúdo.[90]

Os reparos mais graves que se fazem ao sistema axiológico-teleológico derivam da facilidade com que ele conduz o intérprete ao afrouxamento da normatividade sacrificada ao chamado "espírito da Constituição", que nenhuma outra teoria constitucional é tão apta a determinar quanto aquela.

Arredando-se do positivismo formal, acercou-se ela dos valores e dos fins devidamente referidos aos conceitos de totalidade e sistema. Ocorre porém que essa referência a valores nem sempre se faz com a necessária atenção ao imperativo de preservar a juridicidade do sistema, mas com tal desenvoltura criativa que a resultante maior tem sido o subjetivismo, o critério ideológico absoluto, enfim, a politização absorvente de toda a Constituição, com a baixa dos níveis de eficácia normativa e uma conseqüente queda da segurança jurídica.

A indagação sistemática se completa, afinal, com o exame de um importantíssimo aspecto do sistema constitucional, ou seja, o de sua evolução.

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum.

Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a conseqüente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime eficácia, vida e conteúdo.

90. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, p. 22.

Sem a consideração histórica, só se perceberia, do ponto de vista do movimento e das interações do sistema constitucional, o seu aspecto dinâmico, projetado espacialmente, sem nenhuma referência, todavia, à mesma dinâmica, vista pelo ângulo temporal.

Como as Constituições normativas do esquema rígido não oferecem ainda um quadro histórico cuja amplitude autorize objetivamente ilações seguras em termos de juízos conclusivos e científicos extraídos da observação constitucional acerca das mesmas, é de advertir que aquela modalidade de Constituição apresenta inegáveis dificuldades quando o intérprete se arrima ao critério evolutivo.

A falta de tradição do Direito Constitucional na *praxis* e na teoria, em comparação de outros ramos do Direito, de mais respeitosa ancianidade, qual por exemplo o Direito Civil,[91] onde ao estudioso se deparam copiosos elementos, capazes, durante séculos, de nutrir e renovar a reflexão jurídica, tem sido apontada como uma das peculiaridades mais obstaculizantes ao progresso da interpretação constitucional.

A abundância excessiva de Constituições, aparecidas desde a segunda metade do século XVIII, durante cerca de duzentos anos, não elide a verdade maior, apontada por muitos constitucionalistas,[92] relativa à indigência de criatividade e contribuições do Direito Constitucional ao aparecimento de instituições originais.

Ocorre assim em quase todos os textos normativos uma repreensível e monótona reprodução das bases organizativas do Estado, por legisladores constituintes que mutuamente se imitam, oferecendo, em conseqüência, cópias e traslados servis de modelos constitucionais, quase todos estereotipados, gastos ou envelhecidos.

A par dessa ausência de tradição, o aspecto político mais ostensivo da norma constitucional entibiou ou, de certo modo, inibiu o intérprete na preparação e emprego de métodos ou instrumentos hermenêuticos, ficando assim toda a teoria jurídica da interpretação constitucional tributária da metodologia do Direito Civil. Somente nos últimos vinte anos houve louvável reação de parte da doutrina,[93] doravante mais apoiada nas exigências e peculiaridades do Direito Público e, por isso mesmo, já bem-sucedida na produção de uma florescente e cada vez mais importante literatura jurídica volvida para os problemas essenciais da herme-

91. Horst Ehmke, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., p. 65.

92. Entre estes, mais recentemente. Heinz Schaeffer, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Viena e Nova Iorque, 1971, p. 25.

93. Peter Schneider, *Prinzipie der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., pp. 1 e 2.

nêutica jurídica. O estudo da teoria interpretativa inspirada pois nas peculiaridades do próprio Direito Público é incontrastavelmente a única via de fazer inteligível o fenômeno constitucional em toda a sua vastidão e complexidade.

Em suma, o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa.

Capítulo 4

O PODER CONSTITUINTE

1. A teoria do poder constituinte. 2. O conceito "político" de poder constituinte: o poder constituinte originário. 3. O conceito "jurídico" de poder constituinte: o poder constituinte constituído. 4. A natureza do poder constituinte constituído. 5. A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania nacional. 6. A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania popular. 7. A titularidade do poder constituinte. 8. Teoria e legitimidade do poder constituinte. 9. O poder constituinte legítimo e o poder constituinte usurpado na história constitucional do Brasil.

1. A teoria do poder constituinte

A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII.

Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.

Cumpre todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria.

Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista antihistoricista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade. Numa fórmula feliz, estabeleceu Egon Zweig a síntese dessa teoria: um conceito novo para instituir a *suprema potestas nationis et rationis*.[1]

1. Egon Zweig, *Die Lehre vom "Pouvoir Constituant" – Ein Beitrag zum Staatsrecht der franzoesischen Revolution*, p. 4.

Que se tratava de uma estupenda novidade, dá-nos testemunho Sieyès ao jactar-se no debate constitucional do Ano III de haver feito a Ciência progredir com a "descoberta" desse conceito, extraído das páginas de sua monografia sobre o terceiro estado.[2]

Foi todavia a prioridade a que aspirava o abade revolucionário impugnada por La Fayette. Dizia "o amigo de Washington", o francês que "a Revolução admirava mas não ouvia", segundo a frase lapidar de Laboulaye, que os americanos, tanto na prática como na teoria, já haviam feito a distinção clássica, ou seja, a distinção entre poderes constituinte e poderes constituídos. Fizeram-na em suas Convenções, inclusive naquela de que proveio a Constituição de 1787.[3]

Com efeito, a distinção fundamental entre poder constituinte e poderes constituídos consentiu o advento das Constituições rígidas, bem como, desde aí, o dogma de uma soberania que se exercitava mediante instrumentos constitucionais de limitação do poder.

A teoria do poder constituinte teve para a concepção revolucionária a mesma força que a doutrina da soberania para a implantação das realezas absolutas. Convém advertir, desde logo, que o poder constituinte e a sua teoria são cousas distintas conforme acima já assinalamos. Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII.

O poder constituinte nacional é nesse caso a soberania a serviço do sistema representativo, ou a caracterização diferente que a soberania toma ao fazer-se dinâmica e criadora de instituições, ou ainda, por outro

2. Com efeito, num discurso proferido por Sieyès acerca do projeto de Constituição e da criação do *Jurie Constitutionnaire*, afirmou o teorista do terceiro estado: "Uma idéia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a Ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses" (sessão de 2 do Thermidor do Ano III). Moniteur Réimpression, t. XXV, p. 293, *apud* Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. II, Sirey, 1922, p. 512.

3. La Fayette, o francês que a Revolução "admirava mas não ouvia" (Laboulaye), mostrou que a Ciência ao contrário se atrasara com a descoberta de Sieyès, em virtude da concentração das funções constituintes e legislativas numa única assembléia, quando a boa doutrina, perfilhada na América, era no sentido de que essas funções fossem exercidas por órgãos distintos. Veja-se a esse respeito E. Zweig, ob. cit., p. 1.

aspecto, a soberania mesma, quando ela se institucionaliza num princípio impessoal, apto a transcender a vontade governativa do monarca ou do príncipe de poderes absolutos.

Poder essencialmente soberano, o poder constituinte, ao teorizar-se, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização.

Como conseqüência, é possível a esta altura distinguir com toda a clareza os conceitos de *auctoritas* (poder legítimo consentido) e *potestas* (condensação material de poder), tão importantes para fundamentar depois a legitimação de um Estado de Direito, diretamente inspirado nos valores da liberdade humana. Daquela despersonalização, resultou, por conseguinte, uma vasta mudança nas bases da legitimidade histórica do poder constituinte, doravante reconhecida menos na vontade de um príncipe de direito divino do que na vontade nacional onipotente.

Sem o poder constituinte, essas duas categorias modernas do pensamento político não teriam vingado: o povo e a nação. Ambas nascem atadas a uma versão nova de soberania contida no esquema do poder constituinte. A teoria do poder constituinte só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular obediência ou estabelecer comando na sociedade.

Do ponto de vista formal, isto é, considerado apenas de modo instrumental, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio com que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. É, a esse aspecto, verdadeira técnica, mas técnica cuja neutralidade perante os regimes, valores ou ideologias se pode em verdade admitir, desde que tenhamos em vista tão-somente assinalar, com a designação desse poder, a presença de uma vontade criadora ou primária, capaz de fundar instituições políticas de maneira originária.

Do ponto de vista material ou de conteúdo, considerado porém como espécie e não como gênero, individualizado e não generalizado, formulado já em termos históricos no âmbito de uma teoria, que dele toma consciência, conforme aconteceu durante o século XVIII, o poder constituinte é conceito realmente novo, com o objetivo de exprimir uma determinada filosofia do poder, incompreensível fora de suas respectivas conotações ideológicas.

Por esse ângulo – o da valoração ou das ideologias – o poder constituinte manifesta fora de toda a dúvida um conceito de legitimidade, uma crença nas virtudes ou valores que aderem ao seu titular, de que é inseparável, ou com o qual ordinariamente vem a confundir-se.

A burguesia revolucionária generalizou portanto aquilo que, de natureza, na ocasião de seu advento, definia apenas um interesse de classe ou uma ideologia. Assim sucedeu também com a liberdade, a igualdade, a democracia, o Estado de Direito, hipostasiados a todo o gênero humano, e aconteceria depois com o poder constituinte da nação, apresentado como o único legítimo, mas trazendo nada menos que o ascendente privilegiado e governante da burguesia, uma classe convertida já em classe dominante. Seu poder inculcava a abstrata anuência de toda a coletividade, cuja representação ela de certo modo usurpava. Usurpação, digamos porém, mediante retificação indispensável, que só ocorre tomada pelos prismas ou critérios de hoje, aqueles que referem a representação democrática *legítima* a todas as classes. Na relatividade do tempo, não devemos considerá-la usurpação, senão imagem, progresso e expressão verídica de uma *legitimidade* vitoriosa. Mas vitoriosa sobre quem? Sem dúvida, sobre o poder constituinte dos soberanos, que em sua pessoa o haviam usurpado à nação súdita ou a todos os governados. Longe estavam estes ainda de se converterem em governantes ou sujeitos da vontade política, ao tempo das monarquias absolutas.

O poder constituinte se presta pois a toda sorte de dificuldades se não desviarmos os escolhos que resultam da inobservância ou desconhecimento de semelhantes aspectos básicos. Sendo, contudo, atributo essencial da soberania, converte-se ele em noção-chave de toda a Teoria do Estado em virtude de marcar com a máxima clareza a ocasião culminante em que a titularidade do poder é colocada numa instituição: o Estado, pessoa jurídica, e não em uma divindade, pessoa sobrenatural, ou num indivíduo, pessoa física.

Vem assim esse conceito completar ou coroar, juridicamente, o processo de institucionalização e despersonalização do poder, alicerce de todo o Direito Constitucional moderno.

Concorreu a teoria em apreço, diz Zweig, para "introduzir o Estado como fenômeno da ordem jurídica", como tema básico de toda a moderna Ciência Jurídica do Estado.

Assinala o historiador do poder constituinte que, ao elaborar a Constituição, faz o poder constituinte ato mediante o qual a personalidade do Estado se autodetermina, ou segundo expressão já empregada por

Lorenz von Stein "toma inteira consciência de seu próprio ser".[4] Mas onde Zweig diz o Estado – preso a um preconceito semântico em voga nas letras jurídicas da Alemanha – nós diremos o povo e a nação, órgãos de vontade que exprimem a soberania e fazem legítimo o exercício do poder.

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das Constituições rígidas.

Deriva essa teoria, conforme já ponderamos, do movimento racionalista dos pensadores franceses, nomeadamente de Sieyès. Parte o publicista do "terceiro estado" de um conceito de Rousseau: o de soberania popular, que é na essência o poder constituinte do povo, fonte única de que procedem todos os poderes públicos.[5]

Mas Sieyès é o teorista por excelência do sistema representativo e esse sistema se mostra infenso às teses do *Contrato Social*, sobretudo àquela cláusula única a que reduzia Rousseau todo o pacto de sociedade: "a alienação completa de cada associado com todos os seus direitos na comunidade inteira" (*l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute le communauté*).

Engenhosamente, trata pois Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as conseqüências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau.

A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção). Não se faz necessário, acrescentava Sieyès, que a sociedade o exerça de modo direto, por seus membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, entregues especificamente à tarefa constituinte, sendo-lhe vedado o exercício de toda a atribuição que caiba aos poderes constituídos.[6]

4. E. Zweig, ob. cit., p. 3 e Lorenz von Stein, *Die Verwaltungslehre*, 1, p. 25.

5. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. II, p. 488.

6. Malberg, ob. cit., t. II, p. 488, e E. Zweig, ob. cit., p. 132.

A teoria do poder constituinte, preconizada por Sieyès e aplicada à Constituição francesa de 1791, foi depois alterada pelos constituintes de 1793 e do ano VIII, que a reaproximaram de Rousseau.

Com efeito, estabeleceu-se que as novas Constituições só seriam válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo,[7] submetidas por conseguinte a uma espécie de *referendum* constituinte, destinado a conjurar aquele abuso tão excelentemente retratado por Carré de Malberg – o de ver-se a representação do *povo soberano* transformada em *representação soberana* do povo, ou seja, a soberania popular transmudada em soberania parlamentar.[8]

2. *O conceito "político" de poder constituinte: o poder constituinte originário*

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado.

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico.

O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.

O poder constituinte originário ou primário admite uma análise *política* ao redor dessa indagação central: devemos tratá-lo como questão de fato, fora da dimensão dos valores, ou associá-lo a um princípio de legitimidade que nos consentiria manifestar preferência valorativa pelos titulares desse poder?

Os publicistas inclinados à primeira posição entendem irrelevante o problema suscitado, porquanto acham que o poder constituinte, sobre transcender o direito positivo, assenta sua legitimidade em si mesmo e não no titular. A livre decisão sobre a modalidade e a forma de existência política cabe faticamente a quem o arrebatar. É a tese de Schmitt, relativa à natureza essencialmente revolucionária do poder constituinte, liberado de valores referentes à sua legitimidade.

7. Malberg, ob. cit., t. II, p. 489.
8. Ob. cit., t. II, p. 504.

Um constitucionalista da Restauração francesa – Béranger – encarava também a titularidade do poder constituinte como uma questão de fato. A inquirição sobre a pessoa a quem esse poder havia de pertencer recebera dele, conforme adverte Paul Bastid, uma crua resposta: a quem tiver o poder de agarrá-lo. Sendo um poder emergencial, "um poder que aparece com as crises e com elas desaparece", vem ele coberto de pessimismo nas reflexões do restaurador. Agitar esse problema – o de saber ou determinar qual o titular de semelhante poder – afigura-se-lhe temerário, conforme ressalta Bastid, pois "o poder constituinte tem algo de misterioso, sendo imprudente inquirir-lhe a origem".[9]

A imagem de Donoso, que os compêndios de Direito Constitucional geralmente estampam, exprime também o teor revolucionário do poder constituinte, familiar às épocas de crise e ruptura institucional e desprendido de considerações pertinentes à sua legitimidade: "Não é um poder que o legislador possa localizar nem o filósofo formular, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições; se aparece alguma vez, aparece como o raio que rasga o seio da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e se extingue".[10]

Essa posição, desatando o poder constituinte de uma teoria sobre sua legitimidade, conduz naturalmente o conceito de Constituição para o aspecto material e absolve todo o conteúdo que uma Constituição possa ostentar. Faz do poder constituinte um poder político, um poder de fato, um poder que se não analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica.

Vem a segunda posição e entende que a questão de fato, ou seja, a tipicidade do poder constituinte – que ela também admite, presa porém a valores incorporados ao fato – não deve excluir a consideração de sua legitimidade.

Foi precisamente uma profunda análise racional da legitimidade do poder, contida nas reflexões do contrato social, que fez brotar a teoria do poder constituinte. Quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo esta ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crenças ou princípios.

9. Veja-se Paul Bastid, *Les Institutions Politiques de la Monarchie Parlamentaire Française*, Paris, 1954, p. 164.

10. "El poder constituyente no puede localizar-se por el legislador, ni formularse por el filósofo: porque no cabe en los libros y rompe el quadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nuble, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue" (Donoso Cortes).

Na ocasião histórica em que se teorizou acerca do poder constituinte, a teoria da legitimidade triunfante era aquela que constituía a Nação no único titular legítimo desse poder. De sorte que pelo ângulo histórico o poder constituinte tem conhecido distintos titulares, distintas bases de legitimidade: a divindade (*Omnis potestas a Deo, non est enim potestas nisi a Deo*), o monarca, a nação, o povo, a classe etc.

Os publicistas, pois, que consideram a questão do sujeito ou titular do poder constituinte menos uma questão de fato do que uma questão de direito trasladam o problema para a esfera dos valores ou da legitimidade. Mas esbarram em dificuldades. Uma dessas dificuldades consiste em separar dois aspectos fundamentais: o do mero titular e o do titular legítimo, bem como o da titularidade e o do exercício dessa titularidade.

Titular legítimo, segundo os autores da teoria clássica do poder constituinte, seria unicamente a Nação. O poder constituinte serviria de expressão técnica ou meio instrumental com que fazer eficaz a vontade soberana da Nação, a única legítima para governar as coletividades humanas ou reger o destino dos povos.

A nação, segundo o entendimento clássico de Sieyès, jamais deixa o estado de natureza, visto que independe de leis, regras ou formas. Tem ela por conseguinte, enquanto titular do poder constituinte, o direito absoluto de mudar a Constituição. Com a Constituição é possível criar e organizar o Governo, produto do direito positivo; nunca porém a Nação, obra do direito natural.

As Constituições não podem assim vincular nem sujeitar a nação soberana, onde basicamente reside o poder constituinte, matriz de todos os poderes constituídos que, sem distinção, "emanam da vontade geral, vêm do povo ou seja da nação".[11]

Como noção política, o poder constituinte, qual o concebeu Sieyès, se confunde com a vontade da nação. É poder que tudo pode. Ao fazer a Constituição, ele não se autolimita, porque sendo a expressão mesma da vontade nacional, não pode ser "acorrentado no exercício dessa vontade por nenhuma prescrição constitucional, por nenhuma forma constituída".[12]

Livre de toda a coação, adotará a forma que lhe aprouver, sendo absurdo, segundo Laboulaye, que a nação se prenda a formalidades às quais sujeita seus agentes.[13]

11. Sieyès, *apud* C. de Malberg, ob. cit., p. 516.
12. C. de Malberg, ob. cit., t. II, p. 522.
13. Laboulaye, *apud* C. de Malberg, ob. cit., t. II, p. 522.

A Constituição obriga os poderes constituídos, não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui a competência, separa os poderes, arma-os de prerrogativas, mas não constitui a nação nem o corpo político, sempre soberanos para modificá-la. A doutrina de Sieyès coloca pois o poder constituinte fora da Constituição. Com essa doutrina porém ele se mostrará posteriormente contraditório, carente de lógica, ao intentar conciliá-la com a aplicação do regime representativo em matéria constituinte, ou seja, com a adaptação – por essa via impossível – do regime representativo ao ato fundamental de elaboração da Constituição.

Politicamente é o poder constituinte um poder *supra legem* ou *legibus solutus*, um poder a que todos os poderes constituídos hão necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição.[14]

O poder constituinte, tomado assim por esse aspecto – o *político* – só tem uma função capital: a de fazer que a Nação ou o Povo, os governados enfim, sejam os sujeitos da soberania.

Sua criação teórica se explica desse modo pelo objetivo e necessidade de atalhar usurpações: usurpações de pessoas e grupos, de minorias ocasionais que, em dano da coletividade nacional, e popular, venham em proveito próprio monopolizar o poder ou instituir sistemas autocráticos de organização política e social ordinariamente divorciados da presença e da participação dos governados.

Em suma, o aspecto político do poder constituinte consente versá-lo ora como categoria fática que independe de valores, ora como categoria valorizada que exprime uma determinada forma de legitimidade.

3. *O conceito "jurídico" de poder constituinte: o poder constituinte constituído*

Pelo conceito *jurídico*, o poder constituinte, sobre tomar a forma *representativa*, implica a existência prévia de uma organização consti-

14. "Deve-se conceber as nações sobre a face da terra como indivíduos desatados do laço social ou, como se diz, em estado de natureza. É livre e independente de todas as formas civis o exercício de sua vontade. Existindo tão-somente na ordem natural, essa vontade, para produzir efeito, não precisa de revestir-se dos característicos naturais de uma vontade. Não importa o modo como uma nação queira, todas as formas são boas e sua vontade constitui sempre a lei suprema... Repitamo-lo: uma nação independe de toda a forma e não importa a maneira como ela queira, basta que sua vontade se manifeste para que fique revogado perante ela todo o direito positivo, que a tem por fonte e senhor supremo" (Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État*, edição crítica, com uma introdução de Edme Champion, pp. 69-70).

tucional da qual ele legitimamente emana para o desempenho de sua atividade.[15]

Assim é que não se conceberá o poder constituinte como um poder de essência jurídica, segundo Malberg, a menos que tenha origem num sistema estatutário antecedente ou se exerça de conformidade com uma ordem jurídica preestabelecida.[16]

Aparece portanto na doutrina do sistema representativo qual um *a posteriori* em relação à Constituição, que é um *prius*. O poder constituinte reside nesse caso na Constituição, que para movimentá-lo se serve de determinados órgãos com caráter representativo, a saber: uma assembléia especial (a Convenção), o corpo de cidadãos (no caso do *referendum*) ou um poder constituído (o Parlamento).

Visto por esse prisma, o poder constituinte atua sempre atado ao Direito, na moldura de um ordenamento jurídico, ao contrário daquele poder constituinte que nasce das Revoluções e Golpes de Estado, das crises políticas profundas, que acometem os povos da mesma maneira que as enfermidades os indivíduos, segundo dizia Rousseau.[17]

O primeiro, como poder jurídico, é o poder constituinte do Direito Constitucional; o segundo, como poder extrajurídico, é o poder constituinte da Ciência Política.

Um se manifesta em ocasiões de relativa normalidade e paz, sempre abraçado aos preceitos jurídicos vigentes; o outro, ao contrário, chega na crista das Revoluções e Golpes de Estado e se exercita quase sempre sobre as ruínas de uma ordem jurídica esmagada.

Na acepção jurídica o poder constituinte é competente para ultimar a mudança constitucional e, segundo certos juristas, tanto poderá reformar a Constituição como ab-rogá-la; ora se limita a pequenas emendas, ora se abalança a uma revisão mais ampla de que venha resultar a feitura de uma nova Carta.

Firma-se em conseqüência o princípio jurídico ou a regra de legitimidade segundo a qual a Constituição nova deriva da Constituição velha, ou seja, toda produção constitucional obedecerá sempre a moldes pré-organizados ou preestabelecidos e ocorrerá nos limites da ordem jurídica, cujos fundamentos não poderão ser ignorados nem violados pela ação do poder constituinte.

15. C. de Malberg, ob. cit., t. II, p. 500.
16. C. de Malberg, ob. cit., t. II, p. 504.
17. Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Livro II, Cap. VIII.

Expressivo a esse respeito o célebre art. 1º do Título VII da Constituição francesa de 1791 quando afirmava que "a nação tem o direito de mudar de Constituição" e que essa mudança somente poderia ser feita "segundo os meios previstos na própria Constituição".

Considerado assim pelo aspecto *jurídico*, nessa amplíssima latitude, todo poder constituinte, ainda quando tenha por tarefa fazer uma nova Constituição, é rigorosamente poder constituído.

Poder constituinte originário seria apenas, consoante essa tese, o poder constituinte extrajurídico das Revoluções e Golpes de Estado, assentado no fato e não no direito.

Ocorre porém que nem todos os constitucionalistas entendem assim a versão *jurídica* do poder constituinte constituído. Inumeráveis são aqueles que preferem reduzir-lhe consideravelmente o âmbito, de sorte que a esse poder incumbiria tão-somente a tarefa da reforma parcial da Constituição, nunca a feitura de um novo estatuto básico, ato eminentemente *político*, privativo de um poder constituinte originário a mover-se desatado por inteiro de preceitos jurídicos antecedentes. Esse poder constituinte constituído se exerceria dentro de limitações tácitas e expressas, que lhe restringiriam bastante a esfera de ação inovadora, ao mesmo passo que um de seus característicos mais patentes seria o de figurar num quadro jurídico de rigidez e formalismo, penhor de estabilidade da Constituição mesma e de sua respectiva ordem normativa.

4. *A natureza do poder constituinte constituído*

O chamado poder constituinte constituído ou derivado é afinal uma forma de poder constituinte que suscita graves reflexões quanto à sua natureza e extensão.

Tocante à natureza desse poder, cabe-nos inquirir se é possível haver poder constituinte que não seja originário.

Com efeito, tomada ao pé da letra, a distinção clássica e usual que separou o poder constituinte em duas modalidades, a saber, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, carece, por inteiro, de fundamento, se, mediante a mesma pretendermos estabelecer limites teóricos ao seu exercício. Eqüivaleria o reconhecimento de tais limites a negar-lhe caráter ou teor soberano, o que sem dúvida contraria a essência do poder constituinte.

Esse ponto, agudamente percebido ou pressentido por Sieyès, quando se empenhou em fazer congruente a teoria do poder constituinte com

o sistema representativo, resulta do fato de que a Nação segundo ele mesmo afirma, sendo titular daquele poder,[18] vive em estado de natureza; potencializa, pois, a soberania mesma como vontade insuscetível de qualquer limitação.[19]

Disso decorre largamente a impossibilidade de conter, debaixo de certos limites, nos moldes de uma Constituição, o poder constituinte. Seu exercício, visceralmente político, não se sujeitaria, por natureza, a confinar-se dentro das fronteiras jurídicas traçadas pelo texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, outra conclusão não se pode extrair senão aquela de que, ainda introduzido na Constituição, o poder constituinte se conservaria sempre originário e pleno, não conhecendo limitações materiais.

Seu exercício, conforme o princípio de legitimidade professado, tanto poderia ser então de primeiro como de segundo grau; não importando que os agentes fossem os cidadãos mesmos (*referendum* constituinte e operação plebiscitária de consulta aos cidadãos para aprovar a Constituição ou emendá-la) ou os seus representantes (o corpo parlamentar) ou ainda cidadãos e representantes conjuntamente, mediante o emprego combinado dos dois graus na efetivação da obra constituinte.

Em qualquer hipótese, a natureza política soberana, inerente à essência do poder constituinte, fá-lo-ia sempre absoluto, desatado de vínculos restritivos que não fossem os da direta e imediata expressão de sua própria vontade, presente e atualizada, eliminatória das alienações representativas latentes ou a termo, como aquelas acolhidas depois no esquema jurídico do chamado poder constituinte constituído.

A teoria constitucional moderna, seguindo, no entanto, orientação diversa, busca emprestar, tanto quanto possível, caráter mais *jurídico* do que *político* ao poder constituinte derivado, conforme já vimos. De sorte que se empenha em colocá-lo nas Constituições como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, diminuindo-lhe o alcance ou competência e afastando-o assim consideravelmente daquele entendimento há pouco exposto, por onde resulta, aliás, em grande parte, o sacrifício da tese lógica.

18. Em regra, de um ponto de vista neutro ou sociológico, tanto faz que o titular seja a nação, como o soberano, a divindade, o povo ou a classe.

19. Com efeito, escreve Sieyès: "Deve-se conceber as nações sobre a face da terra como indivíduos fora do laço social, ou, conforme se diz, no estado de natureza. O exercício de sua vontade é livre e independente de todas as formas civis" ("On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou, comme l'on dit, dans l'état de natureza. L'exercice de leur volonté est libre et indépendent de toutes formes civiles". Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ob. cit., p. 69).

5. *A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania nacional*

Assenta a doutrina francesa da soberania nacional sobre o princípio básico de que o poder constituinte deve recair num órgão distinto dos órgãos constituídos. A esse poder cabe, por conseguinte, a tarefa precisa de formar os poderes constituídos, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Quer se trate de poder constituinte originário – aquele dotado de uma soberania extraordinária ou primordial – quer de poder constituinte derivado – aquele titular de uma soberania ordinária ou constituída, que pressupõe já para seu exercício a presença de uma Constituição da qual emana ou deriva – em qualquer dessas hipóteses, exclui-se o exercício da função constituinte por um poder constituído.

O sistema ou concepção da soberania nacional faz assim da Constituinte um poder à parte, distinto dos poderes constituídos provido de competência, tanto para a revisão total como parcial da Constituição. Mas, nem por isso, reveste-se essa Constituinte dos traços que identificam uma assembléia onipotente. Não acumulará nem enfeixará em suas mãos a função constituinte a par das funções legislativas. Fará, sim, a lei constitucional, mas não fará a lei ordinária: o raio de competência se circunscreve à revisão para a qual foi convocado. Não poderá alargar portanto seu quadro de ação, de modo a desempenhar as atribuições e competências mesmas de que irá dotar os poderes constituídos. Exerce por esse aspecto poderes limitados, desconhecendo porém limites quando se entrega ao exercício do poder de revisão total ou indeterminada da Constituição.

Foi esse último ponto excelentemente frisado por Carré de Malberg quando disse: "Para falar verdade, a idéia de soberania nacional só exige em termos absolutos uma coisa: a interdição às Constituintes de exercerem elas mesmas os poderes que foram incumbidos de estatuir; no mais a soberania nacional não exclui a possibilidade de as Constituintes serem investidas de um poder ilimitado de reforma".[20]

As Constituintes, Convenções ou Assembléias de revisão, convocadas e eleitas especificamente para o desempenho da tarefa constituinte são, por conseguinte, segundo a doutrina da soberania nacional, assembléias especiais. Dissolvem-se de imediato uma vez elaborada a Constituição. Deve a Constituição em seguida sujeitar-se à ratificação do povo ou da nação, de conformidade com o princípio ou sistema de

20. Ob. cit., t. II, pp. 504/505.

separação entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Tudo naturalmente no espírito daquelas máximas segundo as quais "o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição" (Thouret), ou só a nação é competente para decidir sobre a Constituição, "independente de todas as formas e de todas as condições", ou ainda "todos os poderes aos quais uma nação se sujeita emanam de si mesma".[21]

A teoria do poder constituinte, do ponto de vista ideológico, se prende à concepção do Estado liberal; este, por sua vez, guarda íntima e estreita conexão com a doutrina da soberania nacional.

Graças a essa doutrina, a burguesia fez legítimas as instituições representativas de sufrágio limitado e mandato representativo, nascidas durante a fase revolucionária de fins do século XVIII. Institucionalizou-se então pelo instrumento das Constituições rígidas a presença dos governados na formação da vontade oficial, presença não de todos mas de uma parcela já considerável, que assim introduzia o princípio democrático no sistema representativo do Estado liberal.

Separar o poder constituinte dos poderes constituídos veio a significar do mesmo passo uma garantia de natureza formal, que se cuidava eficaz à proteção e resguardo dos direitos individuais postos na Constituição. Obstaculizava-se por meio da rigidez constitucional toda a interferência restritiva ou modificadora daqueles direitos, colocados portanto fora do alcance do legislador ordinário.

Figura assim a separação de poder constituinte e poderes constituídos entre as medidas acauteladoras mais importantes que a organização constitucional de um país pode oferecer à garantia dos direitos individuais. Publicistas volvidos para a análise aos valores fundamentais das teses do liberalismo sempre sustentaram esse entendimento.

Veja-se por exemplo a palavra de um dos mais graves – Carré de Malberg, o constitucionalista: "Ora, em 1789-1791, a separação do poder constituinte e a Constituição mesma foram concebidos como meios destinados a ministrar a garantia do direito individual. Essa idéia desenvolveu-a Sieyès perante o Comitê da Constituição, em julho de 1789".

A seguir, declara ele que reconhecer e expor os direitos do homem e do cidadão é, no dizer de Sieyès, "apresentar a todas as Constituições

21. "(...) tem um povo sempre o direito de rever, de reformar a Constituição" (Sieyès, in *Arch. parl.*, t. VIII, p. 424, *apud* Carré de Malberg, ob. cit., p. 511). Veja-se também o Capítulo V de *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, de Sieyès. "Todos os poderes aos quais uma nação se submete, emanam de si mesma (...)" (Mirabeau, no art. 3º de seu projeto de Declaração de Direitos).

políticas o objeto ou o fim que todas sem distinção devem forcejar por atingir".[22]

Do mesmo publicista: "A separação do poder constituinte forma o corolário lógico e necessário das idéias individualistas. Se, como afirma Sieyès, 'uma Constituição pressupõe antes de mais nada um poder constituinte', é por essa razão, entre outras, que ela 'somente pode ter por objeto assegurar os direitos do homem e do cidadão'. Um dos meios essenciais de afiançar, pois, os direitos individuais, consiste em traçar limites ao poder das autoridades constituídas, nomeadamente ao do legislador, impondo-lhe no ato constitucional regras superiores das quais não possa eximir-se e cuja alteração lhes escape: essas regras limitativas, obra de uma autoridade constituinte superior, comporão a garantia dos particulares".[23]

É de observar-se assim que o declínio da superioridade ou supremacia das regras constitucionais em determinados sistemas jurídicos e políticos acompanha sempre a queda e o desprestígio do Estado liberal, ou seja, o processo de desvalorização e até de desintegração de toda a ordem individualista na sociedade contemporânea.

6. *A teoria do poder constituinte segundo a doutrina da soberania popular*

Na história constitucional tem-se feito menção também de um poder constituinte vinculado à doutrina da soberania popular, contraposto à doutrina já expendida doutro poder constituinte, a saber, aquele preso à doutrina da soberania nacional.

A doutrina da soberania popular abrange contudo duas versões diferentes de poder constituinte: a versão francesa (revolucionária) e a versão americana; ambas, igualmente, de inspiração rousseauniana, mas de conseqüências distintas, senão até certo ponto opostas, conforme intentaremos demonstrar.

A versão francesa, que repousa sobre a doutrina da soberania popular, parte da distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos, entre as leis fundamentais e as leis ordinárias e, portanto, entre a função de fazer a Constituição e as funções meramente legislativas.

Tomou talvez por ponto de partida o Rousseau menos fechado e mais pragmático das "Considerações sobre o Governo da Polônia" (Ca-

22. C. de Malberg, ob. cit., t. II, p. 518.
23. Idem, ob. cit., t. II, p. 519.

pítulo IX), ao contrário daquele Rousseau dogmático, rigoroso, lógico, inflexível do *Contrato Social* (Capítulo VII do Livro I).

Um, a dizer que a revogação das leis constitucionais feita com a mesma solenidade empregada em estabelecê-las não era contra a natureza nem contra a razão (adoção implícita do princípio de rigidez constitucional, fundamento jurídico da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos); o outro, a asseverar que não há nem pode haver lei fundamental que obrigue ou encadeie a soberania do povo nem sequer o contrato social (base da *volonté générale*, que não permite distinguir entre a lei ordinária e a lei constitucional).

Não haveria por conseguinte para esse derradeiro Rousseau, tomado ao pé da letra, superioridade do poder constituinte sobre o poder legislativo ordinário, distinção entre vontade constituinte e vontade legislativa; ambas seriam tão-somente dois momentos indiferenciados na exteriorização de uma vontade única e soberana: a "vontade geral" do povo.

Tratando porém do governo da Polônia, conforme já assinalamos, abrandou o filósofo consideravelmente sua posição, com uma significativa e importante abertura teórica para o chamado poder constituinte como poder distinto dos poderes constituídos.

A versão francesa da escola revolucionária, desprezando assim o Rousseau do *Contrato Social*, na medida em que este depusera o poder constituinte nos cidadãos mesmos, a saber, numa soberania identificada com a massa de cidadãos, se inclina doravante por um conceito mediante o qual os termos se invertem e o poder constituinte, tendo tomado a forma representativa, vem a ser a Constituinte mesma e com esta se confunde.

A confusão do poder com o próprio órgão, ou seja, do poder constituinte com a Constituinte, teve pelo aspecto histórico (a Convenção de 1793, por exemplo) funestas e deploráveis conseqüências, excelentemente apontadas por Laboulaye, que viu em tal sistema um processo de usurpação e confisco da soberania popular.[24]

Todo o erro dessa teoria francesa do poder constituinte consistiu, segundo aquele publicista, em admitir a delegação dos poderes completos de soberania a uma assembléia política, ou seja, em proclamar a identidade do povo com seus representantes, em confundir o mandatário com

24. "Nós fazemos o mandatário idêntico ao mandante numa deplorável confusão que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, à mercê dos quais fica o País. Ao contrário, para os americanos é inalienável a soberania: não possuem os deputados senão um poder subalterno e derivado" (Eduard Laboulaye, *Questions Constitutionelles*, p. 385).

o mandante, em conferir competência ilimitada a uma autoridade, que devia reconhecer constituída, subalterna, derivada. Daqui veio a resultar, acima do povo, a modalidade das Constituintes onipotentes, dotadas de poderes com que impor o governo à Nação e do mesmo passo acumular, como no caso da Convenção, as funções legislativas e a função constituinte.[25]

Cumprida a tarefa a que se propunha, a Constituinte (e foi o caso da Assembléia Nacional Francesa de 1791), cuidando-se soberana, dispensava a sanção constituinte do povo, por afigurar-se-lhe que a vontade que exprimira era já a vontade mesma do povo.

Dessa acepção de poder constituinte se apartaram porém os americanos. Jamais abdicaram eles numa assembléia de poderes ilimitados das faculdades constituintes do povo, titular da soberania e base de todos os poderes constituídos.

Em nome da soberania popular instituíram as chamadas Convenções, verdadeiras assembléias de poderes limitados, consagradas à tarefa especial de preparar e redigir o projeto de Constituição, que a seguir submetiam ao voto popular.

Aliás, em França, La Fayette, ao contrário de Sieyès, já refletira essa concepção americana de soberania popular, adversa, conforme vimos, a toda identificação do povo com uma assembléia soberana. A Revolução Francesa, porém, baseada ou inspirada nas teses de Sieyès, produzira o modelo de assembléia absoluta vinculando o poder constituinte com a teoria do sistema representativo – uma contradição funesta, que, segundo muitos, usurpara em proveito da Constituinte representativa a soberania do povo.

Em suma, de acordo com a doutrina da soberania popular, há duas alternativas teóricas, seguidas historicamente: a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção falsa, visto que a soberania é de natureza indelegável), e a americana, que vê na Constituinte ou Convenção apenas uma assembléia limitada cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo.

7. A titularidade do poder constituinte

Das mais delicadas e controversas é a questão da titularidade do poder constituinte, ou seja, a de saber a quem pertence esse poder. Se nos afastarmos da indagação de legitimidade, que abrange considerações

25. E. Laboulaye, ob. cit., p. 371.

valorativas, deixando portanto de lado o fundamento ou a justificação da pessoa investida nesse poder, a resposta se simplifica, visto que uma fácil consulta aos fatos políticos nos mostrará, numa dimensão exclusivamente histórica, que a titularidade vem atribuída ora a Deus, ora a um príncipe ou monarca, bem como ao Povo, à Nação, a um Parlamento ou a uma Classe.

A concepção política da Idade Média e da Reforma girava, segundo Schmitt, preponderantemente ao redor do poder constituinte de Deus, conforme o princípio *omnis potestas a Deo*.[26] Com as monarquias absolutas a titularidade veio a recair no monarca, que a justificava mediante a invocação de um suposto direito. Durante a Revolução Francesa o mesmo poder coube nominalmente à Nação ou ao Povo, mas de modo efetivo, no seu exercício, a uma Classe – a burguesia – ou seja, aquela parte do Povo que toma "consciência política autônoma" e entra a decidir acerca da forma de existência estatal, exercendo, por conseqüência, o poder constituinte.[27]

Durante a Restauração (1815-1830), o poder constituinte volveu na França às mãos de um príncipe de linhagem hereditária e assim prossegue a manifestar-se depois noutros países em distintos corpos ou entidades, numa casuística de titularidade que tem levado alguns a concordar com Sanches Viamonte quando assevera que "o titular do poder constituinte é produto das circunstâncias históricas e aparece sempre condicionado por elas".[28]

Desse entendimento parece que também se acerca Burdeau, ao ponderar que não pode haver "um poder constituinte abstrato", mas sempre preso a um indivíduo, a um grupo ou a um povo. Quer porém o publicista francês que esses titulares sejam indispensavelmente a representação ou encarnação da idéia de direito que aquele poder exprime ou legitima.[29]

Analisada ainda debaixo dessa consideração meramente fática de sua titularidade, o poder constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível ou definido. Há um poder constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa, cuja rara e difícil identificação no seio de uma ordem jurídica já estabelecida não deve eximir-nos da

26. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 77.

27. H. Heller, *Staatslehre*, p. 277.

28. "Claro está que el titular del poder constituyente es un producto de las circunstancias históricas y aparece siempre condicionado por ellas (...)" (Carlos Sanchez Viamonte, in *El Poder Constituyente*, p. 325).

29. G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., p. 69.

obrigação de examinar-lhe os efeitos, sempre patentes em mudanças de aparência imperceptível numa época, mas que com o tempo avultam a consideráveis proporções.

Não se trata de poder constituinte formal senão material, um tanto difuso, elemento componente de toda a dinâmica constitucional e, por sem dúvida, aquele que mais significativamente explica certas variações ou mudanças profundas de sentido que tomam os textos constitucionais.

É obra anônima, em alguns casos, noutros voluntária, de quem, por exemplo, decidindo ou julgando, produz normas de teor constitucional. De sorte que por essa via tem desempenho um poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo.

Poder-se-ia argumentar, em meio a abundantes exemplos colhidos no costume ou na jurisprudência, com o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, vista por Wilson como uma "convenção constituinte em sessão permanente", ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configurativos de verdadeira atividade constituinte. Esses titulares ocasionais do poder constituinte foram excelentemente retratados por Bidart Campos, ao asseverar que, sem embargo de o povo ser o titular válido do poder constituinte, "haverá sempre atos constituintes emitidos por outros órgãos sem investidura legítima e formal".[30]

8. *Teoria e legitimidade do poder constituinte*

O poder constituinte, se fizermos abstração do seu agente ou titular, se reduz formalmente a uma ação constituinte, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade.

30. German J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 170. A seguir escreve Bidart: "Es a esos titulares, ques llamaríamos de facto quando son ilegítimos, o *reales* cuando cumplen actividad constituyente sin atribución formal de poder constituyente pero en uso de un poder ordinario válido, a los que vamos a dedicar nuestra atención preferente. Cuando un jefe de estado crea costumbre en contra de la Constitución, y llega a dar vigencia a una Constitución real opuesta a la escrita, ejerce poder constituyente, y lo ejerce de facto, sin validez, pero cuando un tribunal integra la Constitución escrita con su interpretación jurisprudencial, e un parlamento dicta leyes con contenido constitucional, también hay ejercido de poder constituyente – material, porque la Constitución es rígida –, y ejercicio válido, porque esos actos constituyentes, no obstante estar fuera del poder constituyente formal, se cumplen validamente en uso de competencias legítimas. Quiere decir que mientras no haya quebrantamiento de la Constitución escrita, todo acto constituyente de los órganos estatales los erige en titulares reales de poder constituyente *material*; pero en cuanto esa transgresión se produzca sólo habrá titularidad de facto, ilegítima" (p. 170).

Quando se indaga quem é o titular desse poder absoluto, através de cuja vontade nascem, se organizam e funcionam os poderes constituídos – poderes relativos e limitados, órgãos daquela vontade soberana – a inquirição pode ter caráter estritamente científico, com o propósito de demonstrar e identificar no decurso da história que vontades políticas supremas foram potentes para ditar as regras básicas de comportamento e de organização institucional a que se submetem os governados.

Os governantes, comandando e postulando obediência em nome dessas regras ou desse sistema de organização, podem, contudo, ter sua autoridade questionada, numa interrogação de legitimidade acerca da licitude ou dos limites da sobredita obediência. Se isso acontece, principia então uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor; como o poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de raiz ou respaldo na consciência dos governados. Só então brota uma teoria ou, com mais propriedade, uma doutrina do poder constituído. Se o valor prevalecente na consciência dos governados é aquele que não dispensa a feitura da obra constituinte sem a participação dos cidadãos, a saber, daqueles que até há pouco, tendo sido mero objeto do poder político, se convertem doravante em sujeitos desse mesmo poder, desponta desde aí uma teoria do poder constituinte, historicamente nova, inédita, revolucionária.

Foi o que aconteceu no século XVIII, numa ocorrência que permitiu a publicistas dotados da agudeza, clarividência e perspicuidade de um Sieyès escrutar em toda a sociedade política a existência do poder constituinte, até transladá-lo depois qualitativamente da esfera do ser à do dever ser, transformando-o assim, como poder constituinte da soberania nacional, num poderoso instrumento doutrinário de alteração das bases relativas à organização do Estado.

A grande descoberta ou o grande passo que a Ciência deu e a que se reportava o abade Sieyès é indubitavelmente o que procede da verificação de que o poder constituinte existe como fato. Mas não como fato apenas, senão também como valor, em cujo nome atuam com legitimidade os poderes constituídos, que não devem confundir-se com o poder constituinte, do qual emanam, assim como o Estado-instituição ou poder constituinte estático e potencial não deve confundir-se com o Governo, grupo de pessoas no exercício ordinário da autoridade.

A doutrina do poder constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato. Ao tomar-se consciência no século XVIII da existência

de um poder constituinte e ao formular-se-lhe a respectiva teoria, ancorada na exclusiva legitimidade da participação dos governados, proclamada como a única lógica e racional, é evidente que a crítica constitucional, operando já em bases científicas, haveria de descobrir depois outras matrizes, tanto sociológicas como filosóficas, de legitimidade do poder constituinte, conforme sua titularidade recaísse em entes tais como a divindade, o soberano, a nação, o povo, a classe, a raça etc.

A legitimidade de um poder constituinte assentado sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação apresenta uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade.

A extensão horizontal se mede pela maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre matéria constituinte ou elege representantes a uma assembléia constituinte. O sufrágio serve de critério e referência com que caracterizar e definir o grau de legitimidade democrática; quanto menores as restrições à participação, maior a legitimidade que se logra na decisão constituinte.

Quanto à extensão vertical, esta se colige de quanto se escreveu dantes com respeito às vias de exteriorização do poder constituinte como manifestação de vontade soberana. A extensão vertical da legitimidade é a que permite mensurar os distintos graus de participação dos governados: primeiro, o poder decisório sobre a Constituição, mediante *referendum* ou distintos meios plebiscitários; segundo, a incumbência de escolher os membros da Assembléia Constituinte e, terceiro, a faculdade de eleger um Congresso ordinário, dotado de competência constituinte latente, que é a forma mais branda, menos política e mais jurídica, indireta e arredada de participação do elemento popular. Sua nenhuma ingerência imediata nas atribuições de reforma constitucional, feita pelos órgãos representativos parlamentares, constitui traço capital desse último aspecto. A distância e debilidade da interferência dos governados conduz a legitimidade constituinte aqui aos seus níveis mais baixos, tocante ao princípio democrático de organização das instituições políticas no interior do sistema representativo clássico e tradicional da cultura política do ocidente.

9. O poder constituinte legítimo e o poder constituinte usurpado na história constitucional do Brasil

Na história constitucional do Brasil, o poder constituinte, salvo as exceções que assinalaremos, sempre se exercitou segundo o princípio

da legitimidade democrática. Esse princípio nós o entendemos como o da livre participação dos governados na formação da vontade oficial, podendo ocorrer em escala variável de intensidade ou extensão, conforme o grau de abertura reconhecida à presença governante dos cidadãos.

Ao surgir a nação emancipada, malogrou-se o primeiro ensaio de intervenção soberana dos governados no ato criador das novas instituições políticas que viriam reger os destinos da coletividade independente. A Assembléia Geral Constituinte elaborou um projeto de Constituição para o Império do Brasil, o chamado Projeto Antonio Carlos, que, embora posto em discussão, não chegou a ser votado, em razão do golpe de Estado que dissolveu a Assembléia.

O Projeto, com respeito ao poder constituinte derivado, valorizava deveras o princípio da legitimidade democrática. Partia de uma distinção entre matéria constitucional e matéria não constitucional, embora esta paradoxalmente fizesse parte do texto da Constituição.

Constitucional era somente, segundo a doutrina dos constituintes de 1823, aquilo que entendesse com os limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e com os direitos políticos e individuais. Esse conceito de materialidade constitucional, excelente segundo o figurino teórico, a Carta outorgada o acolheu de forma expressa.[31]

Uma impressionante rigidez exibia porém o Projeto com referência a qualquer mudança da parte *constitucional* da Constituição. Durante três legislaturas consecutivas, cada uma das casas da Assembléia Geral, pelo voto de dois terços de seus membros, teria de aprovar a proposta de

31. Vejam-se os arts. 267 e 268 do Projeto de Constituição de 30 de agosto de 1823, o chamado Projeto Antonio Carlos:

"Art. 267. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais.

"Art. 268. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma das salas."

O projeto se ocupava do assunto da reforma da *matéria constitucional* em quatro artigos do seguinte teor:

"Art. 269. Todas as vezes que três legislaturas consecutivas tiverem proferido um voto pelos dois terços de cada sala para que se altere um artigo constitucional, terá lugar a revista.

"Art. 270. Resolvida a revista, expedir-se-á decreto de convocação da assembléia de revista, o qual o imperador promulgará.

"Art. 271. A assembléia de revista será de uma sala só, igual em número aos dois terços dos membros de ambas as salas e eleita como é a sala dos deputados.

"Art. 272. Não se ocupará senão daquilo para que foi convocada e findo o trabalho dissolver-se-á."

alteração de um artigo constitucional para que se fizesse a reforma ou revista. Desta se incumbiria uma assembléia especial eletiva, a assembléia de revista, convocada para ocupar-se unicamente daquele objetivo; findo o seu trabalho, ela se dissolveria.[32]

Como se vê, no Projeto da Constituinte de 1823, o poder constituinte derivado, dotado como é de faculdades representativas, só possuía competência para decidir se tinha lugar ou não o processo de revisão, cabendo a revisão mesma a uma Constituinte. De sorte que pelo Projeto se abria ampla via jurídica à intervenção do poder constituinte originário, único competente para consumar a reforma do texto constitucional.

Tinha o Projeto porém suas excentricidades. Uma das maiores se achava na rigidez que também impunha relativamente à alteração de todo dispositivo da Constituição que não fosse constitucional. A rigidez formal estava na exigência de dois terços de cada sala ou casa de Assembléia Geral para modificar, na mesma legislatura, qualquer artigo ou disposição que a Constituição mesma considerasse não constitucional. Aqui o poder constituinte derivado funcionava em toda sua plenitude, com inteira competência para alterar a parte menos rígida da Constituição, ao contrário da Carta outorgada em 1824, que tinha uma parte rígida e outra parte flexível. Contudo manteve a Constituição do Império o mesmo conceito de materialidade constitucional tão primorosamente estabelecido pelos teoristas do Estado liberal. Mas se afastou bastante da rigidez do Projeto, não só nos aspectos de conteúdo já assinalados como nos pontos que a seguir referiremos.

32. O Projeto do Conselho de Estado, de 11 de dezembro de 1823 e a Carta outorgada a 25 de março de 1824 se afastaram do texto proposto no Projeto Antonio Carlos, dando à matéria a seguinte redação e conteúdo:

"Art. 174. Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados e ser apoiada pela terça parte deles.

"Art. 175. A proposição será lida por três vezes, com intervalos de seis dias de uma à outra leitura; e depois da terceira deliberará a Câmara dos Deputados se poderá ser admitida à discussão, seguindo-se tudo o mais que é preciso para a formação de uma lei.

"Art. 176. Admitida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do artigo constitucional, se expedirá lei, que será sancionada e promulgada pelo imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos eleitores dos deputados para a seguinte legislatura, que nas procurações lhes confiram especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma.

"Art. 177. Na seguinte legislatura, e na primeira sessão, será a matéria proposta e discutida, e o que se vencer prevalecerá para a mudança ou adição à lei fundamental; e juntando-se à Constituição será solenemente promulgada."

Em primeiro lugar, prefixou um limite temporal de quatro anos ao exercício do poder constituinte derivado. Contava-se esse limite desde a data em que a Constituição fora jurada. Aprovada que fosse uma proposição reconhecendo a necessidade da reforma constitucional, ordenava-se, mediante lei, aos eleitores dos deputados à legislatura seguinte, que a estes fosse conferida a faculdade de proceder à pretendida reforma.

A emenda somente poderia vingar noutra legislatura, depois, portanto, de uma audiência do poder constituinte derivado aos cidadãos, ou seja, ao poder constituinte originário. Era este que nas procurações conferia aos representantes (poder constituinte constituído) a faculdade de reformar a matéria havida como constitucional pela própria Constituição. A manifestação de vontade dos cidadãos legitimava pois o trabalho de reforma, subseqüentemente levado a cabo pelos representantes no exercício do poder constituinte derivado.

Quanto à matéria não constitucional da Constituição, nenhuma rigidez formal lhe acompanhava a revisão, ao revés do que acontecia no Projeto. A alteração era feita pela legislatura ordinária, sem nenhuma das formalidades exigidas para a reforma dos artigos que versavam sobre matéria constitucional, tais como aqueles pertinentes a limites e atribuições dos poderes políticos e direitos políticos e individuais dos cidadãos. Nada pelo aspecto formal separava pois a parte flexível da Constituição e as leis ordinárias.

E emenda a qualquer dispositivo da Constituição que não fosse materialmente constitucional se aprovava por maioria absoluta de votos dos membros presentes de cada uma das câmaras, ou seja, mediante o mesmo processo requerido para a aprovação das leis ordinárias, dispensando-se, portanto, as exigências dos arts. 174 a 177 da Constituição.

Em suma, pela Carta outorgada só na legislatura seguinte, após ouvido o corpo de cidadãos, onde, de acordo com o princípio democrático, reside a essência da soberania, é que se consentia uma reforma da Constituição, em sua parte substancial, ou seja, aquela *materialmente constitucional*. Devemos acentuar muito este aspecto para mostrar sobretudo que no Império o poder constituinte derivado esteve muito mais perto do poder constituinte originário, ou seja, da admitida vontade dos governados, do que em qualquer das várias Constituições republicanas já aplicadas ao País desde 1891!

Do ponto de vista do processo de atuação do poder constituinte derivado, a Constituição da monarquia, sem embargo de suas origens autocráticas, resguardava melhor em matéria constituinte o princípio democrático reconhecido do que as Constituições republicanas posterio-

res. Parece um paradoxo, mas é verdade em termos relativos. Estas não primavam em consultar o povo, quer para o exercício do poder constituinte derivado, quer do poder constituinte originário. Assim é que vimos este último preso sempre, e inteiramente, às formas representativas, adstringindo-se os cidadãos apenas a eleger representantes para compor Assembléias Constituintes de poderes soberanos e ilimitados.

Como se vê, não é só o Executivo em nossa história constitucional que tem evitado o povo. Não é só ele que cultiva no seu exercício a desconfiança e as praxes alienantes de manifestação da vontade popular como vontade governante. Nesse pecado incorrem por igual tanto os corpos constituintes como os representativos: os primeiros, distanciando-se, por abdicação nas formas representativas, da soberania que lhes é inerente, isto é, transferindo, ao lavrarem a Constituição, todo o poder de mudança ou reforma para o chamado poder constituinte constituído; os segundos, valendo-se das faculdades constituintes derivadas, que lhes foram conferidas em termos limitados, para, não raro, em extrapolações perniciosas, usurparem a competência soberana do poder constituinte originário, como aconteceu no caso da Emenda n. 4 à Constituição de 1946, que instituiu o efêmero parlamentarismo da década de 1960.

Quando se fez a Constituição do Império, o poder constituinte originário teve por titular o Imperador, numa usurpação manifesta à vontade constituinte dos governados. Foi talvez a primeira e última usurpação monárquica.

A titularidade autocrática do poder constituinte originário só conheceria outra manifestação total, desse gênero, mais de um século depois, na plenitude do regime republicano, com o golpe de Estado desferido por Getúlio Vargas ao outorgar a Carta de 10 de novembro de 1937.

O processo usurpatório republicano do poder constituinte originário se alastrou depois com a Revolução de 1964, exatamente a partir do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, expedido sem nenhuma legitimidade, mediante verdadeiro golpe de Estado, que permitia ao Presidente da República, entre outras medidas repressivas, decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores.

A chamada Revolução de 1964, do ponto de vista da legitimidade revolucionária do poder constituinte, se acha inteiramente contida no Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, feito para vigorar até 31 de janeiro de 1966.

Como poder constituinte originário, o movimento se consubstanciou naquele Ato, emanado de uma vontade soberana, oriunda da situação de fato que as armas insurretas produziram no País.

O Ato manteve a Constituição de 1946, convertida em documento político e jurídico que deveria pautar toda a obra governativa subseqüente, inspirada nos cânones do movimento militar vitorioso. A obra jurídica ulterior, em matéria constitucional, não poderia portanto arredar-se da velha Constituição liberal e das modificações nela introduzidas pelo Ato ou por Emendas posteriores, que partissem da iniciativa recém-atribuída ao Presidente da República de remeter ao Congresso projetos de reforma constitucional.

Mas um golpe de Estado foi vibrado, conforme vimos, pelo Presidente Castello Branco, a 27 de outubro de 1965, ao baixar novo Ato Institucional, que veio então acompanhado de um número, ao contrário do primeiro. Trouxe ele assim a presença, no suposto contexto revolucionário, de um poder constituinte originário, de exercício permanente ou ordinário, conforme depois se confirmou, e que fez sombra ao poder constituinte derivado e paralelo da Constituição; um poder de segunda classe, que os Atos Institucionais reduziam a nada. Ora, o poder constituinte, por sua natureza mesma, é poder extraordinário, excepcional, de extrema densidade política, e em razão disso, um poder de soberania sem vínculos. Fazê-lo permanente ou ativá-lo a cada passo eqüivale a institucionalizar na Sociedade o arbítrio, a insegurança das instituições, criando com estas, em termos de absolutismo, aquilo que se cria com o governo ou os três poderes, quando estes se concentram na pessoa de um só titular para compor a expressão mais atroz da tirania, conforme ponderava o sábio e eloqüente Montesquieu. Um poder constituinte desse jaez não só afrouxa as regras básicas de convivência, como obstrui a consolidação de uma ordem jurídica plena e estável, por minguar-lhe a certeza e a segurança que só o Direito há de conferir.

O Ato Institucional n. 2, sem embargo de toda a violência teórica que significou, não quis ou não pôde desembaraçar-se da Constituição de 1946, por ele mantida, mas ainda assim se autolimitou no tempo, com sua vigência prevista para estender-se até 15 de março de 1967. O que ia prevalecer com respeito ao futuro não era contudo aquela autolimitação necessária do poder constituinte originário da rebelião de 1964. Era precisamente o contrário: a sua expansão indefinida, incontrolada, renovável ao sabor das circunstâncias, como se o País pudesse variar de alicerces a cada evento surpreendente ou imprevisto.

A praxe estava inaugurada, pois, respeitante à edição dos sobreditos Atos.

Veio o terceiro a 5 de fevereiro de 1966 e o quarto a 7 de dezembro do mesmo ano. Transmitiu este último afinal a esperança de que tudo se normalizaria tocante à legitimidade do exercício do poder constituinte em nosso País. Convocava ele o Congresso Nacional a uma reunião extraordinária com o fim de discutir, votar e promulgar nova Constituição, que além de "uniforme e harmônica" representasse, segundo o signatário do Ato, o então Presidente Castello Branco, "a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução".

Dizia-se também que aquele Congresso Nacional, o mesmo da situação anterior a 1964, salvo evidentemente o expurgo havido em suas fileiras, fizera já "a legislação ordinária da Revolução" e que portanto lhe deveria "caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964".

O poder revolucionário, que conservara os dois instrumentos básicos do período antecedente – a Constituição de 1946 e o seu Congresso – entregava agora a este último a tarefa constituinte, em toda sua plenitude, convertendo-o, portanto, de poder constituído, em poder constituinte originário. Com essa distorção, mais uma fenda se abriu indubitavelmente na legitimidade do sistema, porquanto aquele Congresso era carente de competência para elaborar uma nova Constituição semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967, abrandada apenas, em parte, pelo teor liberal de sua declaração de direitos.

A reconstitucionalização de 1967, talvez em razão dos frágeis fundamentos de legitimidade em que repousou, controvertida desde o berço, e da atmosfera de repressão intimidante que o País ainda respirava, não conseguiu agradar os liberais nem servir aos desígnios autocráticos imperantes nas regiões do poder. Se, de passagem, acabou com o estado de exceção, não logrou porém acabar com a crise constitucional que lavrava nos invisíveis bastidores do descontentamento pseudo-revolucionário.

Foi a mais efêmera das nossas Constituições. Teve o seu desfecho com o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, o segundo golpe de Estado arremessado contra as instituições no decurso do mesmo período de exceção. A exemplo dos dois primeiros Atos, também se propôs ele a manter a Constituição vigente, no caso a de 24 de janeiro de 1967. Mas não terminou aí a tragédia institucional do País: prosseguiria com a edição de mais 12 Atos Institucionais, em 1969, até culminar com o terceiro golpe de Estado, desferido a 31 de agosto de 1969, quando um triunvirato militar tomou o poder, negando a posse legítima e constitucional do Vice-Presidente da República.

Ao golpe de Estado sucedeu, menos de dois meses depois, com o Congresso posto em recesso e a Carta de 1967 violada já no artigo fundamental da sucessão, bem como desautorada desde muito por uma seqüência sombria de Atos Institucionais, a outorga da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. A terceira parte da obra constitucional de 1964 se insere afinal nas reformas de abril de 1978, feitas, tanto quanto a Emenda n. 1, à sombra de um recesso parlamentar.

Em ambas as Emendas se estampa e evidencia o auge da crise constituinte, a carência de legitimidade a que o movimento de 1964 se expôs, frustrado juridicamente em seus propósitos de institucionalizar no País um Estado de Direito, sob o pálio inspirativo da justiça social e das liberdades democráticas.

O recurso aos Atos Institucionais não só aniquilou as bases jurídicas do poder constituinte como institucionalizou politicamente a sua usurpação, visto que os governantes podiam dele valer-se, a cada passo, qual instrumento de mudança casuística das instituições, sem audiência à vontade dos governados, com inteiro menosprezo do princípio da soberania popular e sua legitimidade.

A ferida institucional no País era tão profunda que para medicá-la fazia-se mister uma intervenção cirúrgica de urgência, cujos instrumentos operativos não podiam ser outros senão aqueles contidos no sufrágio da opinião soberana, ou seja, da legitimidade popular, da qual erros políticos crassos desviaram e distanciaram o País.

Quanto à produção constitucional haurida no exercício de um poder constituinte legítimo, a história política do Brasil apresenta como principais frutos a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a Constituição de 16 de julho de 1934, a Constituição de 18 de setembro de 1946 e, de último, a Constituição de 5 de outubro de 1988. São os quatro únicos documentos de organização constitucional do País que resultaram em rigor de Constituintes soberanas, livremente eleitas pelos cidadãos, representativas da vontade nacional e legitimadas pelo princípio democrático, cuja aferição conceitual deve traduzir sempre a eficaz participação dos governados na obra criadora de suas instituições.

Alguns juristas vêem no poder constituinte "o problema fundamental e primordial do direito constitucional",[33] mas esse problema, após os incisivos debates teóricos dos séculos XVIII e XIX, permanecia de último um tanto deslembrado dos tratadistas do direito público. No Brasil,

33. C. de Malberg, ob. cit., t. II, pp. 483/504.

um ensaio jurídico de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e uma análise sociológica de Nelson Nogueira Saldanha renovaram, entre nós, o estudo desse tema.

O reexame da matéria, a par da atenção recente que lhe há sido consagrada, deriva em grande parte da crise de legitimidade que se abateu no século XX sobre determinados ordenamentos jurídicos, por obra de fatores ideológicos, perda de crenças e erosão de valores.

O poder constituinte tanto poderá exprimir do ponto de vista sociológico um confisco ou uma usurpação de soberania como um quadro de valores ou de legitimidade. O berço de sua teorização foi porém a liberdade, a tese dos direitos humanos. Nasceu no século XVIII abraçado a um processo revolucionário de emancipação, a uma legitimidade que forcejava por institucionalizar na sociedade do ocidente a vontade soberana dos governados. O Direito Constitucional da liberdade lhe pertence. Esse poder constituinte das teses liberais e democráticas da nação e do povo soberano é o único legítimo para instituir um Estado de Direito.

Outros poderes constituintes poderão existir, têm existido, nosso País mesmo já os conheceu em manifestações que não enaltecem o passado das instituições. Nunca porém lograrão eles fazer Constituições capazes de exprimir a vontade legítima do povo ou conter a verdadeira dimensão da soberania nacional.

É portanto o poder constituinte da nação soberana, seu exercício único e exclusivo pelo povo, ou por suas Constituintes, aquele que cabe na legítima tradição constitucional do País.

Capítulo 5

A TEORIA FORMAL E A TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

1. O dissídio dos constitucionalistas. 2. O positivismo e a teoria formal da Constituição. 3. O antiformalismo no Direito Constitucional contemporâneo. 4. A teoria científico-espiritual da Constituição e da mudança constitucional (Smend). 5. A teoria material da Constituição no constitucionalismo suíço. 6. Os constitucionalistas da Tópica. 7. A crise de juridicidade das Constituições. 8. A existência de um segundo poder constituinte originário. 9. Crise constituinte e crise constitucional. 10. As duas crises constituintes: a do "titular" (o sujeito do poder constituinte) e a do "objeto" (a Constituição).

1. O dissídio dos constitucionalistas

Que é afinal de contas uma Constituição? A pergunta de Lassalle, há mais de um século, quando a luta social entrou a impugnar os valores da sociedade burguesa, foi a mais importante que já se fez no Direito Constitucional, desde a interrogação de Sieyès, em circunstâncias semelhantes, aos constitucionalistas franceses sobre "o terceiro estado" e a natureza do poder constituinte.

Com sua resposta, o teorista francês tornou possível o constitucionalismo da democracia liberal e representativa, do mesmo modo que o socialista alemão, com outra resposta também fecunda, fez factível a teoria material da Constituição, ora em voga, perfilhada pelos melhores constitucionalistas do Estado social, que todavia sem confessar foram muitas vezes buscar os pressupostos e as bases teóricas dessas reflexões na esplêndida monografia de Lassalle.

Os constitucionalistas modernos ou sustentam com Laband, Jellinek e Kelsen uma teoria formal da Constituição, abraçados ao positivismo que culminou de último com a Escola de Viena, ou se repartem em posições distintas, quais as de Schmitt, Smend, Hsü Dau-Lin, Heller, Schindler, Kägi e Haug. Destes últimos resultou a teoria material da Constituição, conforme flui da Escola de Zurique, já bastante adiantada nas vias da sistematização.

Em todos esses autores a teoria constitucional, não importa a variante seguida, descobre conceitos-chaves sobre Constituição e mudança constitucional, de profundo alcance para identificar posições doutrinárias ainda prestigiosas cujo exame é indispensável.

2. O positivismo e a teoria formal da Constituição

Os positivistas em matéria constitucional são até certo ponto os abalizados Mestres da preservação da juridicidade dos textos constitucionais. Sua última geração se compõe de formalistas rigorosos e ferrenhos. A tradição deles remonta a Laband e Jellinek e alcança o ponto mais alto com o normativismo de Kelsen.

A polêmica Kelsen-Schmitt nos anos 1930 em Colônia constitui um dos momentos decisivos da reação que o formalismo provoca na Alemanha, produzindo um divisor de águas na teoria do século XX. Nasce daí uma corrente realista e renovadora, de inspiração tanto filosófica como sociológica, que perdura até os nossos dias, assinalada sobretudo pela presença da Escola de Zurique, cujos constitucionalistas desenvolvem a chamada teoria material da Constituição.

Mas examinemos em primeiro lugar os expoentes do positivismo clássico e contemporâneo, a lição de seus ensinamentos acerca da essência da Constituição. Vejamos até onde e como admitem eles o poder de reforma ou mudança constitucional.

Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas conseqüências por Kelsen, como já observou um jurista contemporâneo, é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos. Daqui deriva metodologicamente uma espécie de construtivismo positivista, de cunho neutral e apolítico.[1] Esse positivismo confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas.

É também aquele positivismo que só admite a mudança constitucional do texto da Constituição. Ou, como asseverava Anschütz, trata-se de

1. Peter Badura, "Verfassung und Verfassungsgesetz", in *Festschr. für Ulrich Scheuner*, p. 19.

saber se a Constituição está acima do legislador constituinte ou se apenas está à sua disposição.[2]

As Constituições por excelência do positivismo foram as Constituições do constitucionalismo e da idade liberal do século XIX. Passaram elas a significar ulteriormente na fase de declínio e crise aquilo que Lassalle, com ironia e menosprezo, chamou Constituições folha de papel.[3] Ocorre porém que o poderoso crítico socialista omitia de certo a função que a Constituição formal mesma havia desempenhado no auge do liberalismo, como seja a de introduzir mudanças e reformas para concretizar juridicamente o modelo emergente da sociedade burguesa e seu Estado de Direito.

Ao perder porém a capacidade de fazer a mudança, as Constituições liberais, ultrapassadas pelas transformações sociais, se atrasaram com os fatos e com a realidade, convertendo-se em objeto de um formalismo nihilista ou esvaziante, que assinalou toda a metodologia constitucional do positivismo.

Como instrumento jurídico, a Constituição, que antes operara com o Estado burguês a mudança, agora com o Estado social tem a função mais adaptativa e estabilizadora de sancionar, mediante a legalidade ou a juridicidade, todas as transformações já feitas ou transcorridas no âmbito da sociedade. O positivismo sobretudo concebe a sociedade em inteira oposição ao Estado, como se separação tão profunda e radical pudesse ser ainda admitida.

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas.

A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.

O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato

2. Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, pp. 401 e 405.

3. Lassalle, "Was nun? Zweiter Vertrag über Verfassungswesen" (1863), in *Klassiker der Politik* XV, pp. 148 e ss.

de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são duas funções totalmente distintas ou, como afirma Burckhardt, se acham em "antagonismo conceitual absoluto".[4]

Jellinek exprimiu as posições desse positivismo formalista, entendendo a mudança constitucional por um prisma de juridicidade exclusiva, a saber, "através de um ato intencional de vontade que modificasse o texto da Constituição".[5] Isso quer dizer que o jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado "espírito da Constituição", de natureza dinâmica e flexível, para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal. Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda a juridicidade. As Constituições formais, vistas tão-somente pelo ângulo avalorativo do positivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas.

Ninguém à primeira vista parece defender tanto a juridicidade das Constituições quanto os positivistas formais. E o fazem naturalmente a contento, enquanto o texto escrito não se arreda muito da realidade. Mas quando esta já não se deixa captar pelas regras do direito positivo formal principia a crise, isto é, a perplexidade diante do divórcio entre a norma e o fato, levantando-se de imediato o problema da mudança constitucional. A mudança sempre ocorre, mas o positivismo não sabe e nem pode explicar em que medida ela se atém apenas a variações levadas a cabo juridicamente mediante alteração formal de textos.

Na teoria constitucional contemporânea o formalismo chega às suas últimas conseqüências com Kelsen e os juristas da Escola de Viena. O que era a afirmação do Direito em toda a plenitude se pode converter em sua negação absoluta. Haja vista a indiferença de Laband ao conteúdo das construções jurídicas, seu logicismo técnico-formal de referir a norma particular a conceitos gerais e desses conceitos extrair as respectivas conseqüências. O positivismo, diz Hsü Dau-Lin, acreditava poder e dever coerentemente deduzir o conteúdo da Constituição material do conteúdo formal.[6] Tudo isso alcança seu ponto extremo com Kelsen e a teoria pura do Direito. O formalismo normológico de Kelsen consiste

4. W. Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl., p. 255.

5. G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, p. 3.

6. Dau-lin Hsü, "Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff", in *Archiv des öffentilchen Rechts*, N. F. 22, p. 45.

numa fuga à realidade, como diz o neokantiano Erich Kaufmann, fuga para ver-se livre da acabrunhante e esmagadora variedade infinita que se acha contida na realidade.[7]

Não menos contundente a crítica que a esse formalismo faz Hermann Heller. Diz ele haver em Kelsen uma "teoria do Estado sem Estado" e uma "teoria do Direito sem Direito". Acrescenta que a pretensa emancipação do Direito em relação à realidade política resultou não só em despolitizar o Estado senão em desestatizá-lo; resultou não em fazê-lo livre de valores senão em "desvalorizá-lo".[8]

Estado e Direito são para Kelsen uma mesma categoria de ordenação normativa, na essência um sistema ideal de normas. Toda determinação conceitual acaba, segundo ele, por uma definição do Direito. O Estado é "essencialmente uma ordem jurídica".[9]

A revisão constitucional para Kelsen não conhece limites materiais, podendo a ordem jurídica soberana receber qualquer conteúdo. Até a introdução da escravidão como instituto jurídico se acha "inteiramente no âmbito da possibilidade de uma ordem jurídica", segundo Kelsen.[10] Tanto o poder constituinte originário, o que faz as Constituições, como o poder constituinte derivado, o que é dotado de competência para modificar ou reformar a Constituição, não conhecem juridicamente, segundo a teoria kelseniana, limites materiais ao exercício de sua função.

A *Grundnorm* ou norma fundamental é o conceito-chave com que traduzir aí a noção clássica do poder constituinte originário, sendo portanto aquela norma que produz e legitima todo o sistema jurídico ou que consente, como último ponto de referência e legitimidade, hierarquizar em distintos graus as diferentes normas do sistema.

Ehmke, apoiado literalmente em Kelsen, explica a norma fundamental como o cordão umbilical que prende o sistema ideal de normas, denominado Estado ou Direito, ao fático ou à "faticidade". Norma fundamental "hipotética", pressuposto racional derradeiro da Constituição, ela não tem "*a priori* nenhum conteúdo". Sua função exclusiva consiste em instituir "aqui um autocrata, ali o povo como instância de elaboração normativa suprema".[11] A norma fundamental se converte, portanto,

7. Erich Kaufmann, *Kritik deu neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 26.
8. Herman Heller, *Staatslehre*, pp. 52, 55 e 198.
9. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 87 e *Das Problem der Souveränität*, p. 44.
10. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveänität*, ob. cit., p. 45.
11. Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, pp. 27 a 33, e Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, pp. 93 e ss., e *Allgemeine Staatslehre*, pp. 249 e ss.

numa Constituição em branco, como diz Ehmke, apta a receber qualquer conteúdo.[12]

3. *O antiformalismo no Direito Constitucional contemporâneo*

O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi* legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em ajuricidade total.

Mas igual resultado nós vamos logo alcançar quando, ao invés de a norma se apartar da realidade, é a realidade que, a pretexto de evitar esvaziamento de conteúdo, se aparta da norma.

A teoria constitucional que envereda por esse caminho oposto é o decisionismo de Carl Schmitt, coroamento também formal de uma concepção nascida de pressupostos essencialmente materiais e que se levantou em oposição frontal e polêmica ao formalismo e normativismo de Kelsen.

Dos constitucionalistas da República de Weimar um dos mais conspícuos foi sem dúvida alguma Carl Schmitt que se propõe, na sua teoria da Constituição, a demonstrar qual o cerne ou substância de uma Constituição. Estabelecendo a distinção fundamental entre a Constituição numa acepção positiva e a lei da Constituição, Schmitt ingressa de cheio na realidade, no existencial, nos conteúdos materiais, para nos mostrar que a Constituição significa uma decisão conjunta e fundamental sobre o modo e a forma de unidade de um povo.

Não é possível, segundo ele, dissolver a Constituição num feixe de leis constitucionais isoladas.[13] Toda teoria constitucional principia com aquela distinção entre Constituição e lei da Constituição. A Constituição na acepção positiva emana, segundo Schmitt, de um ato do poder constituinte.[14] A vontade política unitária existente é que se decide por

12. Horst Ehmke, ob. cit., p. 30.
13. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 20 e 21.
14. Ob. cit., p. 21.

uma Constituição; ela é o próprio Estado, ou seja, a unidade política do povo, capaz de introduzir novas formas fundamentais de organização.[15]

A Constituição, decisão consciente, vale por força de uma vontade política que existe, ou seja, a vontade que a elaborou, e toda normativização da lei constitucional pressupõe portanto tal vontade.[16]

Fazendo secundário o formalismo da norma constitucional, Schmitt declara que as leis da Constituição valem por se fundamentarem na Constituição e têm por pressuposto essa Constituição, sendo por conseguinte a decisão política prévia a base de toda a regulamentação normativa ordinária e constitucional.[17]

Existência, integridade, segurança e constituição, eis os "valores existenciais" daquela unidade política do povo.[18] Louva ele os conceitos existenciais afirmados pela Constituição suíça, a saber, externamente, a independência da pátria, internamente, a paz e a ordem, sem as quais nenhuma Constituição existe.[19]

A Constituição, como decisão, nos confere um conceito absoluto da Constituição, em presença da relatividade das leis constitucionais isoladas. Escreve o publicista: "A distinção entre Constituição e lei da Constituição só é possível porque a essência da Constituição não se acha contida numa lei ou numa norma". Anterior a toda normatividade, afirma ele, se acha a decisão política fundamental do titular do poder constituinte, que é o povo, na democracia, e o monarca, nas monarquias genuínas.[20]

A posição eminente e superior dessa decisão constitui o fundamento de toda a normatividade e a substância da própria Constituição. Fica isso mais claro quando ele ilustra a respectiva teorização com proposições concretas da Constituição de Weimar, que não são normas ou leis, nem tampouco leis-quadros ou princípios, tais como: "O povo alemão outorgou esta Constituição", "O poder estatal emana do povo", ou "O Império Alemão é uma república".

São mais do que leis ou normas: são as decisões fundamentais, isto é o que há de mais importante, decisivo e positivo para ser levado em conta pela jurisprudência, pelos juízes, pelos tribunais.[21]

15. C. Schmitt, ob. cit., p. 23.
16. C. Schmitt, ob. cit., p. 22.
17. Ob. cit., p. 22.
18. C. Schmitt, ob. cit., p. 22.
19. Ob. cit., pp. 22 e 23.
20. Idem, ibidem, p. 23.
21. Idem, ibidem, p. 25.

A Constituição é intangível, as leis da Constituição, ao contrário, podem ser suspensas durante o estado de exceção ou invalidadas através de medidas tomadas durante esse estado.[22]

O poder constituinte, segundo Schmitt, é vontade política dotada de poder ou autoridade para tomar decisão concreta geral acerca do modo e da forma da própria existência política.[23] O poder constituinte, unitário e indivisível, fundamenta todos os outros "poderes" ou "divisões de poderes".[24] A exemplo de Sieyès, não traça o constitucionalista limites à ação do poder constituinte, um poder que se encontra "sempre em estado de natureza". Quando se manifesta fá-lo desembaraçado de quaisquer procedimentos ou formas jurídicas.[25] "Basta que a nação queira", diz Schmitt, reproduzindo o conceito célebre de Sieyès, para assinalar o descompromisso do poder constituinte com qualquer conteúdo material prévio ou restritivo.[26] A nação, podendo mudar suas formas políticas com toda a liberdade de uma autodeterminação existencial, não subordina o poder constituinte, no exercício de suas funções, a nenhuma limitação prévia de procedimento.[27] Como vontade onipotente, ele é ao mesmo passo anterior e superior a toda normativização.

Desmembrar a Constituição da norma, desvalorizar a normatividade, fazê-la inferior, cativa, secundária, relativa ou sujeitá-la a um decisionismo político extremo, significa pois desfazer, pela via material, a juridicidade das Constituições, cujos conteúdos se tornam assim indiferentes, desde que um só valor – o daquele órgão de vontade que atua como poder constituinte – sobrerresta soberano ou supremo.

Representa essa teoria da Constituição, como se vê, uma legitimação dissimulada do Estado absoluto e totalitário. Caminhando por vias opostas, Kelsen com a norma, Schmitt com o decisionismo, ambos se reencontram no resultado final: a dissolução da Constituição como fundamento axiológico de um Estado de Direito, de acordo com a pauta dos valores liberais.

Como disse Ehmke, a Constituição não é uma "decisão", livre do momento normativo, desde que a essência da Constituição reside precisamente em sua normatividade, que tanto pode ser desfeita pelo forma-

22. Idem, ibidem, p. 26.
23. Idem, ibidem, p. 75.
24. Idem, ibidem, p. 77.
25. Idem, ibidem, p. 7.
26. Idem, ibidem, p. 79.
27. Carl Schmitt, ob. cit., pp. 82 e 83.

lismo da teoria pura do Direito de Kelsen como pelo decisionismo sem freios de Schmitt.[28]

Em rigor, o decisionismo de Schmitt é mais formalista do que material, não se prestando pois a fundamentar uma teoria material da Constituição, apesar de haver ele partido da realidade e não da norma, ressaltando sobretudo o lado político das Constituições.

4. *A teoria científico-espiritual da Constituição e da mudança constitucional (Smend)*

Uma contribuição precursora e profunda à teoria material da Constituição resultou das reflexões de Smend sobre a necessidade de introduzir na teoria constitucional o método científico-espiritual em substituição da análise meramente jurídica. Em verdade, a obra desse constitucionalista funda o que não hesitamos em denominar teoria científico-espiritual da Constituição e mudança constitucional, com fortes reflexos sobre a teoria dos constitucionalistas da Escola de Zurique, nomeadamente Hsü Dau-Lin, que ninguém exageraria se o considerasse um discípulo de Smend.

O ponto de apoio filosófico de Smend são os trabalhos de Theodor Litt acerca de uma teoria geral das ciências do espírito. O ensaio básico em que desenvolve Smend a nova metodologia se intitula "Constituição e Direito Constitucional" ("Verfassung und Verfassungsrecht"). Data de 1928, ou seja, da década fecunda e polêmica dos constitucionalistas da República de Weimar. Noutros trabalhos a teoria prossegue, recebendo complementações. O conhecimento do Estado afigura-se-lhe essencial para estabelecer uma teoria do direito público.

Quanto à essência da Constituição, critica ele fortemente a teoria então predominante dos positivistas, como Jellinek, que consideravam a Constituição uma pluralidade de preceitos jurídicos acerca dos órgãos superiores do Estado, de sua formação, relações recíprocas e competências, bem como a posição básica do indivíduo perante o poder estatal.[29] Não aceita Smend tampouco o decisionismo de Schmitt, carente de perspectivas para o exame do caráter vivo e dinâmico da sociedade estatal, que se move dentro de um círculo de historicidade e integração.

A teoria integrativa de Smend, conforme ressaltou um de seus críticos, representa a tentativa de superar o contraste rígido entre norma e

28. Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, ob. cit., p. 52.

29. Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, p. 187.

fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado. Nessa teoria "a Constituição é uma realidade integrante".[30]

O problema básico de toda teoria constitucional consiste, segundo Smend, em explicar "a força normativa do fático", sem prender-se ao dualismo excludente e antinômico, certamente de inspiração kantista, já patenteado por Jellinek com sua atitude cética acerca daquelas forças políticas, reais e sociológicas, operadoras da mudança constitucional, mas que, conforme ele, "se movem segundo suas próprias leis e atuam independente de todas as formas jurídicas".[31]

A Constituição é no dizer de Smend "a ordem jurídica do Estado ou mais precisamente da vida na qual tem o Estado sua realidade vital, a saber, seu processo de integração".[32] O sentido integrativo desse processo não é meramente funcional, mas relacionado com valores, como adverte Ehmke, e se confirma da maneira pela qual Smend se ocupa dos direitos fundamentais que refletem um determinado sistema de cultura.[33]

Os direitos fundamentais já não são concebidos à maneira individualista e liberal, como direitos de resistência ou oposição ao Estado, mas segundo os fins gerais integrativos da Constituição. A Constituição é politizada. O critério, segundo Smend, que a distingue sempre das demais ordens jurídicas, reside no caráter "político" de seu objeto.[34]

O problema dos limites da reforma constitucional, não o suscitou expressamente Smend, que todavia examina a maneira como as Constituições mudam ou tendem a mudar na medida em que atuam para concretizar sua função integrativa. As forças extraconstitucionais operam mudanças fora do direito constitucional, introduzindo novos fatores na vida da Constituição, de modo que o constitucionalista parece pressentir já a importância que o poder executivo veio a tomar em nossos dias, polarizando, em alguns sistemas, toda a atividade estatal a expensas dos demais poderes e não raro com sacrifício das partes formais da Constituição.

Um dos merecimentos da teoria constitucional integrativa ou científico-espiritual é haver alargado, como nenhuma outra anteriormente,

30. H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderungen*, ob. cit., pp. 54 e 55, e R. Smend, ob. cit., pp. 189 a 192.

31. R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", ob. cit., p. 188, e G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, ob. cit., pp. 72 e 2.

32. R. Smend, ob. cit., p. 189.

33. H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, ob. cit., p. 55.

34. R. Smend, ob. cit., p. 238.

as possibilidades interpretativas da Constituição, preconizando a esse respeito uma metodologia mais "política" do que "jurídica".

Desde que o sentido da Constituição não se volve intencionalmente para as particularidades, senão para a totalidade do Estado e de seu processo integrativo, Smend acha que isso não só permite como exige uma interpretação constitucional flexível e complementar, distinta das demais interpretações jurídicas, de ordinário, muito menos maleáveis.[35]

Foi Smend dos mais agudos em assinalar pois a importância da mudança constitucional, ultimada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição. Mas a crítica mais séria feita à sua teoria constitucional é a de haver ela subestimado o momento normativo da realidade estatal.[36] Não menos repreensível, porém, é haver ele excluído o Direito, como bem observou Ehmke, do círculo dos fatores de integração estatal, ao considerar a Justiça e a Legislação "num certo sentido corpos estranhos à Constituição". Uma posição muito diferente daquela sustentada por Heller, que não conhecia fator integrativo do Estado mais importante que o Direito, pois, se o poder forma o Direito, também o Direito forma o poder.[37]

5. *A teoria material da Constituição no constitucionalismo suíço*

A Escola de Zurique tem importância capital para a formação da chamada teoria material da Constituição, tão em voga hoje no continente europeu, em réplica aos excessos do positivismo jurídico formal e também à unilateralidade de um sociologismo sem limites. Os principais representantes dessa corrente são os constitucionalistas Schindler, Kägi e Haug, cujas posições examinaremos sumariamente.

O primeiro deles, Schindler, parte do entendimento acerca da inadequação tanto do método normológico como do método puramente sociológico em relação à realidade do ser.[38]

Esses métodos não permitem, segundo ele, conhecer o Direito e o Estado, quando muito nos oferecem uma construção unidimensional de ambos, o que aliás corresponde a uma tendência de nosso pensamento.

A realidade somente pode ser abrangida ou compreendida na polaridade do conceito e do contraconceito, do mesmo modo que uma formação político-pragmática só é apta a existir mediante o contraste de estrutura e contra-estrutura.[39]

35. R. Smend, ob. cit., p. 190.
36. H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, ob. cit., pp. 58 e 59.
37. H. Ehmke, ob. cit., p. 59 e H. Heller, *Staatslehre*, ob. cit., p. 194.
38. Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, p. 5.

A nova metodologia busca assim a superação do pensamento abstrato, com apoio em Nicolau Hartmann. O pensamento abstrato nada mais é, segundo Schindler, do que "a projeção da realidade no plano de um sistema apriorístico de conceitos rígidos".[40]

Faz-se mister que o pensamento se acerque da realidade plena, do concreto, e a dificuldade só se resolve por meio de um pensamento dialético.[41] A dialética bipolar é que irá resolver o problema da vinculação do "Direito" com a "realidade".[42] Diz ele que "o ponto de partida para a pesquisa da formação dialética do Direito é a antinomia existente entre o ser e o dever ser, a realidade e o valor, o método sociológico e o método normativo".[43]

A conexão entre o normativo e o sociológico, assevera Schindler, somente se pode conceber efetivamente em termos dialéticos.[44] Os "elementos" ou "fatores" sociológicos e normativos do Direito devem ser concebidos como "momentos".

Há quatro momentos, de cuja união dialética o Direito se compõe: um normativo-formal e um normativo-material, um sociológico-formal e um sociológico-material.[45] Ressalta Schindler que não é ele o primeiro a aplicar o método dialético à compreensão do Estado e do Direito.

Teve precursores tais como Otto von Gierke, Smend e Schönfeld. Reputa porém dialético todo método que, ainda sem ostentar essa designação, procura compreender como um todo o ser e o dever ser, o valor e a realidade, o indivíduo e a comunidade.[46]

Outro clássico da teoria material da Constituição, ao lado de Schindler, é Werner Kägi, autor da obra *A Constituição como Ordem Jurídica Fundamental do Estado* (*Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*), na qual pede se conceda mais relevo aos *essentialia* frente aos *naturalia* e *accidentalia* da Constituição.

Reclama Kägi contra o demasiado alargamento do conceito de Constituição por obra dos opositores do positivismo, tais como Carl Schmitt,

39. D. Schindler, ob. cit., p. 5.
40. D. Schindler, ob. cit., pp. 6 e 7.
41. D. Schindler, ob. cit., p. 7.
42. D. Schindler, ob. cit., pp. 13 e 15.
43. D. Schindler, ob. cit., p. 15.
44. D. Schindler, ob. cit., p. 16.
45. Idem, ibidem.
46. D. Schindler, ob. cit., p. 12.

Heller e Smend, pois nesse caso a Constituição perde seu sentido, que se deve buscar "na limitação e através da limitação do poder estatal".[47]

Não quer ele com a sua teoria material da Constituição fazer a teoria do Estado e do Direito "escrava da política", mas resistir a um positivismo que intenta banir do Direito a questão dos valores fundamentais ou das "formas suprapositivas", rebaixada a mera questão "política" ou "jusnaturalista".[48]

Kägi tanto combate a crescente "dinamização" e "politização" da teoria constitucional como a formalização igualmente intensa do conceito de Constituição, consoante decorre da atitude positivista.

Quanto ao poder de reforma constitucional, ele só reconhecerá limites absolutos com fundamento numa teoria material da Constituição.[49] Esse tema, como assinala Ehmke, será desenvolvido com mais precisão por outro Mestre da Escola, o jurista Hans Haug.[50] Em 1946, publicou ele *Os Limites da Revisão Constitucional* (*Die Shranken der Verfassungsrevision*), erguendo um limite absoluto à revisão constitucional, com o valor Justiça, que não pode ser violado por um poder de reforma que pretendesse introduzir na Constituição a injustiça.[51]

A Justiça é, segundo Haug, "a norma que determina que se deve dar a cada um o que é seu". Reconhece ele haver valores objetivos em si mesmos (*an-sich-seiende Werte*), com um ser ideal e que existem independentes de todo o conhecimento e realização pelo homem.[52]

A base sobre a qual assenta Haug a teoria material da Constituição é a filosofia dos valores de Hartmann e Schelling e as reflexões do teólogo Emil Brunner. O Direito e o Estado são limitados pelos valores e pelos *realien* da realidade do ser. Como valores ideais mais altos, Haug coloca os direitos fundamentais do cidadão, e como *realien* os postulados e exigências de Justiça, sendo ambos limitativos da reforma constitucional, estes últimos de conformidade com o caso concreto.[53]

47. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, p. 101.

48. W. Kägi, ob. cit., pp. 142 e 60.

49. W. Kägi, ob. cit., pp. 57 e 63.

50. H. Ehmke, *Grenzen...*, ob. cit., p. 71.

51. Hans Haug, *Die Shranken der Verfassungsrevision*, 1946, pp. 235 e ss.

52. H. Ehmke, *Grenzen*, ob. cit., p. 73, e H. Haug, *Die Shranken*, ob. cit., pp. 215 e ss.

53. Hans Haug, ob. cit., p. 208.

6. *Os constitucionalistas da tópica*

A teoria material da Constituição consolidou-se na Alemanha graças aos constitucionalistas da tópica. A influência de Viehweg e Esser, sobretudo deste último, foi maior talvez que a dos juristas da Escola de Zurique, cujas obras são aliás anteriores.

Não padece dúvida porém de que os publicistas do contraformalismo durante a república de Weimar, como Schmitt e Smend, fizeram todo o trabalho precursor e preparatório da teoria material da Constituição ao rejeitarem o normativismo constitucional puro, descendente da linha positivista de Laband e a seguir radicalizado por Kelsen e a Escola de Viena.

Mas é a tópica que introduz talvez as sugestões decisivas para o advento na Alemanha de um grupo autônomo de constitucionalistas cuja metodologia é tão antiformalista quanto a da Escola de Zurique. A tópica está nas raízes do novo método e exerce profundo influxo sobre esses juristas. Procura-se "pensar" o problema, fazer secundário o sistema, dissolver a hegemonia da norma, pelo menos nos termos formais do positivismo técnico-jurídico.

Reduzidos a meros *topoi*, a norma e o sistema já não têm na hermenêutica das Constituições aquele primado que a metodologia clássica e interpretativa de Savigny lhes conferia. São tão-somente pontos de vista com que o intérprete, argumentando, busca a solução do problema. Os *topoi* aferidos e cotejados têm ingresso na hermenêutica constitucional, que fica assim mais ampla e mais aberta, diríamos até mais maleável e acessível à utilização de elementos concretos e valorativos. É o decisionismo no caso concreto, visto por todos os ângulos possíveis, ao contrário do dedutivismo lógico dos normativistas.

A tópica no Direito Constitucional contemporâneo tem na Alemanha os seus grandes Mestres, entre os quais figuram Kriele, de Colônia, Konrad Hesse, de Freiburgo, Friedrich Müller, de Heidelberg e Peter Häberle, de Augsburg.

Kriele classificou os *topoi*, Hesse desenvolveu uma teoria concretista, Müller produziu novo método de interpretação da Constituição, que ele mesmo denominou estrutural-funcionalista, e Häberle propôs o conceito da "Constituição aberta" no pluralismo das sociedades democráticas, o instrumento de interpretação constitucional mais antiformalista que se conhece.

7. *A crise de juridicidade das Constituições*

A fase áurea das Constituições corresponde à idade do Estado liberal em que a racionalidade e a ideologia parecem coincidir, numa simultaneidade harmonizadora tanto da forma como do conteúdo da lei.

Do formalismo racional, a mais alta expressão é o chamado Estado de Direito, onde a lei estabelece as competências de governo e administração, as quais somente se exercem em conformidade com a lei mesma.

O cognominado conceito *jurídico* de lei, então imperante, se apresenta debaixo de dois aspectos: um formal, outro material. Pelo aspecto formal, é lei a regra que uma autoridade competente estabelece; pelo aspecto material, todo preceito dotado de generalidade e abstração.

Os juristas do positivismo durante aquela fase insistem nessas duas propriedades, enquanto os do jusnaturalismo lhe acrescentam a justiça, a racionalidade e a certeza, definindo assim a lei pelo direito justo que nela deveria estar sempre contido.

O positivista se satisfaz com o preenchimento de requisitos ou pressupostos formais de elaboração da lei; o jusnaturalista insiste sobre o aspecto material ou de conteúdo, medido por critérios subjetivos ou axiológicos, não importando que a via elaborativa da lei haja sido a parlamentar ou a consuetudinária; uma posição que aliás se conservou também inalterável ao ocorrer igualmente a elaboração de normas pela via executiva do decreto-lei.

Afigura-se-nos que o conceito positivista de certo modo concorreu para quebrantar a majestade da lei quando começou a decadência do Estado liberal, ao despi-la do indumento de socialidade racionalista de que se revestia porquanto, atendendo unicamente à forma, ou seja, ao correto processo elaborativo, fê-la contudo perder a rigidez material para receber licitamente todo conteúdo que o legislador cuidasse proveitoso ao interesse do Estado.

Utilizada à vontade pelo Estado da forma que mais lhe conviesse, a lei, tanto quanto a Constituição, entrou em declínio num determinado espaço ideológico, ficando sua juridicidade – e juridicidade vale aqui o mesmo que legitimidade – minada com a perda do caráter genérico e abstrato que lhe era peculiar, com os casuísmos de conteúdo e com a indiferença a considerações relativas ao direito justo.

A juridicidade também se afrouxou na medida em que houve transferência da função de legislar, do Parlamento para o Executivo.

Valendo-se com freqüência do decreto-lei bem como de outros meios que lhe foram outorgados com a implantação do Estado social para atuar de maneira cada vez mais rápida e eficaz, em presença de crises e dificuldades, acabou o Executivo por ofuscar a tarefa legislativa dos parlamentos e se converter em máquina de expedição de normas, massificando a lei e a Constituição, cuja "politicidade" se avolumava na razão direta em que ocorria o enfraquecimento correspondente da "juridicidade", refletido no baixo nível de garantias que proporcionava.

A lei e a Constituição tomam assim cada vez mais a dimensão de um conceito "político", na acepção schmittiana de lei-ato, lei-medida, lei-decisão, lei-comando, lei-decreto, lei-medida provisória, ou seja, lei que é a expressão de uma vontade concreta ou de um poder soberano cuja legitimidade deriva de seu próprio caráter de estadualidade, isto é, de sua natureza de poder estatal.

Com a democracia, tal decisionismo não desaparece: *lex est quod populus jussit*, a variante perfectiva de Schmitt ao conceito rousseauniano da lei feita pelo povo mesmo, em pessoa; lei tida por expressão da vontade geral.

Como estamos em plena idade do Estado social, a busca desesperadora de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais parece representar a tarefa mais árdua e importante dessa forma de Estado. Só nos resta portanto ser pragmáticos e realistas tocante à doutrina que sustenta as Constituições no Estado contemporâneo. Já não se pode admitir que seja ela a mesma doutrina do velho e clássico liberalismo. Sobre as ruínas deste, apagada a memória do passado, se intenta doravante erguer um singular social-liberalismo, cujos conteúdos confusos se diluem na imprecisão dos conceitos. Mais sólida e menos vaga todavia é a doutrina do Estado social.

Não basta todavia à estabilidade social ter ingresso nas Constituições para que estas cumpram de imediato a finalidade histórica da nova função que lhes foi atribuída pela sociedade moderna – a de ministrar garantias concretas a uma liberdade impossível de dissociar-se tanto da ação dos que governam como do meio econômico e social onde ela se perfaz.

Urge sobretudo que a "juridicidade" das Constituições não seja diminuída; "juridicidade", que não é abstrata nem insulável, porquanto reside já na força normativa da Constituição-lei, já na própria normatividade da esfera fática, reino da Constituição-realidade. Pela teoria material da Constituição, a Constituição-realidade se comunica à Constituição-lei para fazer firme e incontrastável a observância, a autoridade e a força imperativa desta última, produzindo uma perfeita adequação do constitucional ao real.

A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade. Constituição carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e os imperativos da ordem econômica, política e social, Constituição desatualizada com a sociedade, *ipso facto* Constituição sem "juridicidade"; Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito.

8. *A existência de um segundo poder constituinte originário*

Depois de elaborada a Constituição, a tarefa de mantê-la em conformidade com as expectativas de seus autores e destinatários se reparte entre dois novos poderes constituintes: o poder constituinte derivado, que está na Constituição mesma, é jurídico e padece limitações; e outra forma de poder constituinte originário, aliás o segundo desta espécie, o qual, não tendo titularidade definida, é difuso, anônimo e político. Só achará ele explicação plausível se admitirmos a força normativa da realidade e do meio social, ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce.

Normalmente os juristas da Constituição escrita, abraçados ao formalismo do texto – que é toda a lei, mas não é todo o direito –, conhecem nela apenas um daqueles poderes constituintes, a saber, o poder explícito de reforma constitucional, também conhecido sob a denominação já referida de poder constituinte derivado ou poder constituinte constituído.

Substitui ele na vigência da Constituição o poder constituinte originário, do qual vem a ser num determinado sentido o prolongamento, a criação ou o braço de competência. Subalterno, pois, à própria Constituição, é fruto de uma plenitude constituinte, que já não existe nem pode existir no interior do texto constitucional, uma vez que o poder constituinte originário se exauriu com a tarefa mesma de elaborar o direito básico da lei suprema.

Rodeado de limitações constitucionais explícitas ou implícitas, a que de ordinário fica sujeito, o poder constituinte constituído é poder de certa forma imperfeito, porquanto não se pode mover além do círculo de restrições que lhe foram impostas pelo poder constituinte de primeiro grau, o chamado poder constituinte originário, autor da Constituição.

Sem embargo do alcance limitado que tem sua função constituinte, não faltam juristas de renome, principalmente os mais afeiçoados ao poder, que vêem o poder constituinte derivado com legitimidade suficiente para fazer uma nova Constituição. Isto seria porém reconhecer-lhe, como

entendem muitos constitucionalistas, a capacidade de elidir o fundamento de sua própria competência, derivada do poder maior que o gerou.

Seria também na gravidade de uma crise convertê-lo em poder constituinte dos usurpadores. A Constituição que saísse de parlamento sem legitimidade para o exercício da função constituinte originária perpetuaria no poder a máquina de um sistema e seria o ato institucional de um Congresso, jamais a Constituição legítima de um povo. Uma Constituição outorgada fere a livre expressão da soberania que somente nasce da vontade popular.

Asseveramos que dois poderes constituintes sobrevivem à feitura de uma Constituição, mas os juristas em geral só admitem um deles e isso não é verdade. O outro poder constituinte, desconhecido ou remanescente, não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos, pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária, e de algum modo se caracteriza como o mesmo poder constituinte originário em estado potencial.

Por esse entendimento, ainda desvinculado de seu órgão histórico – a assembléia constituinte – esse novo poder constituinte originário, qual estamos a teorizá-lo, não desampara a Constituição depois de feita, antes a acompanha e modifica, posto que não tenha titularidade definida, ou careça da racionalidade do momento constituinte ou haja tomado ocasionalmente configuração difusa. Diante da lentidão com que atua, só é possível perceber-lhe a presença invisível quando se constatam as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma "compreensão prévia", ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito. Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas às Constituições costumeiras.

Faz ele a estabilidade e a permanência das criações constitucionais, mantém atualizada a Constituição, consolida o poder legítimo ou pelo

menos tende a consolidá-lo e produz fenômenos de longevidade como a Carta de Filadélfia, que já comemorou duzentos anos de existência. É um poder constituinte material em contraste com o poder constituinte formal.

Disso resulta assinalado que cada país tem ordinariamente duas Constituições: uma no texto e nos compêndios de Direito Constitucional, outra na realidade; uma que habita as regiões da teoria, outra que se vê e percebe nas trepidações da vida e da *praxis*; a primeira, escrita do punho do legislador constituinte em assembléia formal, a segunda, que ninguém redigiu, gravada quase toda na consciência social e dinamizada pela competição dos grupos componentes da sociedade.

Mas essa antinomia vista sob outro aspecto é falsa, pois a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade. Quando isso não ocorre, a Constituição formal se distancia da Constituição real e com a perda de juridicidade e eficácia se transforma num fantasma de papel.

Impotente para organizar o exercício do poder no Estado ou ser a instituição regulativa do processo mediante o qual esse exercício se opera, a lei fundamental nesse caso perdeu até a função de símbolo da legitimidade e já não serve à Nação, mas aos que, tomando sob suas rédeas o governo, se servem da Nação para o desempenho personalizado do poder.

9. *Crise constituinte e crise constitucional*

A crise constituinte é a própria crise do poder constituinte, a crise de um regime, de um corpo institucional, de um sistema de governo, ao passo que a crise constitucional é tão-somente a crise de uma Constituição; por isso mesmo não afeta a titularidade do poder constituinte de primeiro grau, e como se circunscreve ao arcabouço político e jurídico do ordenamento estabelecido, se resolve pela intervenção do poder limitado de reforma, contido juridicamente na Constituição.

Em suma, é crise que não se propaga às instituições nem lhe abala os fundamentos. É também a espécie mais familiar à natureza política e institucional dos países desenvolvidos, aqueles que gozam de superior estabilidade em matéria de competência de poderes e exercício de direitos fundamentais.

Já os países subdesenvolvidos se acham, pela fragilidade de seus mecanismos econômicos, mais sujeitos a se verem vítimas da crise constituinte, em virtude da inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento de necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas.

A crise constituinte, sendo portanto um processo, não se exaure nem na outorga nem na promulgação de uma Constituição. Ela de todo se manifesta pelo antagonismo da nova Constituição com as realidades sociais mais profundas. E ocorre naturalmente quando as instituições políticas recém-criadas por obra do braço soberano não alicerçam um poder legítimo, fazendo, ao contrário, perdurar em toda a sociedade o dissenso sobre o consenso. Nesse caso a instabilidade prossegue e a Constituição, desprovida de um substrato básico de aprovação popular, perde a eficácia, a juridicidade, a normatividade.

Para resolver uma crise constitucional basta reformar a Constituição; quando muito promulgar outra Constituição.

A crise constituinte, ao revés, representa a enfermidade do próprio corpo social. Por isso raramente pode ser debelada. As crises meramente constitucionais se resolvem em geral mediante pronta intervenção do poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte derivado, que jaz na própria Constituição, ou, em determinados sistemas e formas de organização política, pela ação jurisprudencial das Cortes constitucionais, por seus arestos, que dirimem conflitos ao redor da lei maior, ocasionalmente verificados.

Tais crises, posto que raras, fazem parte normal da existência do ordenamento, são superficiais e nunca o questionam desde as bases. Nos países de vida constitucional estável – quase sempre os da sociedade pós-industrial – o figurino jurídico da Constituição talha efetivamente as instituições e sobre elas tem eficácia como esfera ordinária onde a normatividade faz transparecer o fluxo regular de competências e direitos que se exercitam sem comoções profundas para a ordem estabelecida.

De modo inteiramente distinto – tornamos a assinalar – apresenta-se o quadro relativo aos países subdesenvolvidos. Seria de todo inútil pedir aqui às categorias jurídicas do Direito Constitucional clássico uma resposta, solução ou até mesmo explicação para os vastos e atormentadores problemas que fazem sobremodo instáveis as estruturas do poder. Se delas nos ocupamos, fácil é observar quanto se apartam da realidade rebelde e por vezes indomável. Configuram a cada passo a crise constituinte, devastadora de textos, emendas e fórmulas que a retórica e a imaginação da classe política fazem brotar.

Os linhagistas que forcejam por traçar a genealogia do moderno Direito Constitucional costumam fazê-lo remontar em suas primeiras raízes à Carta Magna de João Sem Terra, o monarca absoluto compelido pelos mais poderosos súditos – os grandes barões feudais – a fazer a célebre outorga, que desencadeou o longo processo histórico de reco-

nhecimento dos direitos dos governados, a saber, os de sua participação gradual no poder com a necessária limitação das prerrogativas régias de governo.

Mas o fraco formalismo dos textos constitucionais da Inglaterra – sem embargo de algumas declarações solenes de direitos – pouco contribuiu para a antinomia ulterior das duas bandas da Constituição, a política e a jurídica, invariavelmente separadas na visão do jurista, de ordinário propenso a considerar mais importante a segunda e, se possível, eliminar a primeira, ou pelo menos dissimulá-la, por não poder fazê-la oculta em nome da pureza normativa e da garantia, eficácia ou estabilidade das regras constitucionais.

O constitucionalismo inglês se assentou por conseguinte numa sólida identificação dos dois aspectos, concorrendo também de modo decisivo para fundi-los num só eixo: a base consuetudinária, sobre a qual repousa a vida política e o edifício jurídico da sociedade inglesa. Em razão disso, a Inglaterra foi a inspiração, mas não foi o modelo nem o símbolo das Constituições, como viria a ser de certo modo a Constituição dos Estados Unidos.

Até mesmo quando Montesquieu no Capítulo VI do Livro XI do *De l'Esprit des Lois* se reportou à Constituição da Inglaterra, não era ao seu texto que ele fazia remissão, porque esse texto sabidamente não existe, mas a um conjunto de regras costumeiras cuja inobservância, se ocorresse, levaria os súditos a gemerem debaixo da servidão e do peso insuportável de uma autoridade despótica, conforme já acontecera no passado.

Em verdade, não há nem nunca houve na história constitucional da liberdade inglesa a existência conflitante e paralela de dois poderes constituintes de primeiro grau empenhados numa fatal disputa de afirmação de soberania, produzindo, por exemplo, algo análogo à crise constituinte que flagela as liberdades nos países do terceiro mundo, crise que eles tão familiarmente conhecem e raro logram ultrapassar.

O monismo constituinte inglês se espelha com toda a perfeição e transparência na pirâmide constitucional que tem por base a soberania incontrastável do povo, passa pelo Parlamento e chega, de último, ao seu topo, coagulada no símbolo majestoso da unidade nacional que é o cetro ou a coroa da monarquia.

Do constitucionalismo inglês, o cientista do Direito e do Estado poderá partir rumo à elaboração de uma compacta teoria material da Constituição, aquela que em nossos dias melhor elucida os verdadeiros substratos constitucionais, ao fazer inteligível o sentido e o valor das

Constituições formais. E o faz porquanto lhe desvenda o segredo da eficácia bem como a razão de seus malogros, tão freqüentes em países sujeitos a um elevado grau de instabilidade social e política.

Tem essa teoria pelo ângulo histórico dois pontos firmes de apoio que compõem a base de toda a elaboração teorética, transcorrida sempre à vista da realidade, dos fatos comprobatórios, do elemento histórico e sociológico, de tudo quanto é vivo e existencial no seio da sociedade mesma.

O primeiro ponto compreende os costumes políticos fundamentais, as tradições, os usos imemoriais. Fazem eles ainda hoje a essência da Constituição inglesa.

O segundo ponto entende com os arestos jurisprudenciais em matéria constitucional. Haja vista a esse respeito as sentenças da Suprema Corte americana e algumas decisões já célebres da copiosa e torrencial jurisprudência dos tribunais constitucionais da Europa. Avultam no velho continente as Cortes da Alemanha, da Itália e da Áustria, sendo mais recentes as da Espanha e Portugal.

Da teoria material da Constituição emerge necessariamente a admissão de um poder constituinte de primeiro grau, de que tanto já se fez menção, e que não se confunde com aquele teorizado por Sieyès. Um poder que esteve presente – noutra ordem de reflexões, é claro – ao ensaio de Lassalle, sem que este todavia o percebesse como tal ou adotasse semelhante denominação.

A teoria material da Constituição tem por alicerce um positivismo sociológico; a teoria formal, que com ela contrasta, um positivismo jurídico. A primeira se volve para o historicismo constitucional da Inglaterra; a segunda, para o racionalismo revolucionário das fórmulas contratualistas.

A Inglaterra foi em matéria de Direito Constitucional uma sugestão da liberdade e não uma matriz de formalismo. Do pensamento francês é que o formalismo teria que vir a nascer: cartesiano, abstrato, universalista, dogmático; era toda uma filosofia política da Europa irradiando-se para os Estados Unidos e que ali, há mais de duzentos anos, escreveu a Constituição de Filadélfia, cujos axiomas se incorporaram depois a outros textos da prosa jurídica do liberalismo.

O racionalismo francês do século XVIII, descobrindo o conceito de poder constituinte, formulou a teoria desse poder com base na legitimidade da Nação, a única aceitável à obediência do cidadão. Se perguntarmos porém a um constitucionalista inglês o que é poder constituinte, bem provável que ele não saiba responder ou simplesmente se obtenha uma resposta evasiva; quando muito, admitindo o conhecimento do conceito,

uma recusa ao nome (*pouvoir constituant*), criação de publicistas franceses, estranho por igual tanto às obras didáticas como às noções correntes do direito constitucional daquele país.

Ocorre todavia que sem o formalismo constitucional, imperante desde o século XVIII, nomeadamente em França, donde se propagou, jamais o Direito Constitucional teria florescido com a expansão e o vigor que lhe acompanha o crescimento histórico e o prestígio de seus laços tão íntimos com a liberdade e a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O grande problema suscitado pelo formalismo com respeito ao poder constituinte – ponto de partida de toda a obra constitucional em que se estriba a organização do poder e o exercício dos direitos numa Sociedade supostamente livre – foi, por sem dúvida, o de sua titularidade. Aliás, o primeiro que a reflexão mais profunda dos filósofos teve que enfrentar; aquele que se resolveu na moderna teoria constitucional da liberdade mediante remissão aos valores e às razões estabelecidas pelas construções doutrinárias e filosóficas do contrato social.

O poder constituinte do Abade Sieyès, qual supremo poder da razão e da nação e, a seguir, do povo, só se compreende à luz do pacto social, dos ensinamentos contratualistas, da lição de legitimidade sobre o efetivo titular desse poder.

Foi a questão da titularidade formal deveras importante durante a época do Estado liberal emergente, em porfia com outro princípio de legitimidade, aquele que se prendia à razão divina ou ao direito sobrenatural que tinham os reis para governar. Mas a evolução política logo se fez no sentido da legitimidade nacional e popular, que recebeu das sociedades mais avançadas do ocidente uma consagração definitiva, excluindo de todo o debate este ponto já pacífico – o que é da maior significação – ou tornando factível a perfeita harmonia do Direito Constitucional com o reino das realidades institucionais. O *jurídico* entrava assim a predominar sobre o *político* no tratamento das crises e na solução dos problemas do ordenamento fundamental. Era a idade que, pelo ângulo histórico, correspondia ao apogeu do liberalismo.

Recapitulando noções e conceitos já expendidos, podemos, enfim, abreviar nos termos que se seguem a distinção fundamental entre crise constitucional e crise constituinte.

A crise constitucional – temos reiteradamente asseverado – é a crise de uma Constituição, ou de modo mais freqüente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta, para removê-la, utilizar o meio de reforma ou revisão; um

recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, contido no chamado poder de reforma constitucional. Se a crise porém se manifesta mais ampla e profunda ou tem dimensão que excede o habitual, é de todo o ponto conveniente ter recurso ao poder constituinte de primeiro grau: faz-se uma nova Constituição para recompor as bases da legitimidade e auferir um governo estável.

Mas a crise só se resolve caso as dificuldades sejam efetivamente removidas. Essa possibilidade de remoção por meios jurídicos normais previstos na Constituição, ou por meios excepcionais como a elaboração de um novo texto básico, é aquilo que faz os limites conceituais da crise constitucional. Não padece dúvida que se trata de crise que às vezes açoita os países e as sociedades com elevado grau de cultura e maturidade política, ou seja, aqueles cujos problemas políticos não exigem nem impõem a substituição do regime. A crise raiva neles com menos ímpeto; por isso não afeta as estruturas do poder nem abala os alicerces do Estado e da Sociedade.

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte não é, por conseguinte, crise de uma Constituição, senão crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

10. As duas crises constituintes: a do "titular" (o sujeito do poder constituinte) e a do "objeto" (a Constituição)

Nos países subdesenvolvidos o Direito Constitucional tem visto sua eficácia retrogradada, mostrando-se impotente para fechar o fosso entre as regras formais e a realidade das situações, dos comportamentos e das formas concretas de exercício do poder.

Não resta dúvida que essa indigência de eficácia constitucional patenteia unicamente nesses países a profundidade da crise para organizar uma autoridade legítima. A oscilação freqüente que vai do sistema representativo lacunoso à ditadura e os regimes autoritários dissimulados, bem testifica que neles, ao redor do poder constituinte de primeiro grau,

se congregam duas crises de teor material: a do seu titular e a do objeto desse poder.

Um jurista desprovido de formação sociológica nunca poderá percebê-las ou dificilmente chega a admiti-las ou sequer reconhecê-las, embora estejam elas na raiz de todo o problema constitucional, de todas as turbulências que fazem instável o quadro dos modelos teóricos perfeitos que jamais funcionam: por exemplo, como referência histórica, o sistema federativo da Constituição brasileira de 1891, uma obra-prima de construção teórica cujo modelo o gênio de Rui Barbosa foi buscar no constitucionalismo de Filadélfia.

Efetivamente, do ponto de vista formal, a titularidade do poder constituinte originário já não produz controvérsia, nem merece que se lhe consagre mais espaço ao exame, porquanto é pacífico em nosso tempo que só há um titular legítimo desse poder, e este há de ser sempre o Povo ou a Nação.

Mas do ponto de vista material, a titularidade do poder constituinte primário ainda provoca controvérsia, suscita questões, para saber se aquilo que a assembléia constituinte concretiza é ou não a expressão acabada da vontade do povo soberano, tendo em consideração principalmente as limitações tanto explícitas como tácitas – sobretudo estas – que não raro amesquinham o círculo ou a esfera de ação onde se move o poder daquele colégio e onde às vezes se faz difícil reconhecer a presença legitimante do Povo e da Nação.

Converte-se nessa hipótese o poder constituinte em símbolo formal, fadado a chancelar os conteúdos constitucionais doutro poder constituinte, que lhe é concorrente, paralelo e externo.

Faz-se então mínima a jurisdição do soberano nominal, a saber, o Povo ou a Nação. O pluralismo conflitante de interesses retalha e dinamita aquela titularidade; na prática se transforma numa ficção ou artifício verbal com toda a pompa de uma majestade ilusória. A crise constituinte é aqui, por conseguinte, crise da titularidade do poder. A realidade fática que consagra a titularidade material coloca esta sob o fácil alcance da observação e da análise do cientista político.

Quanto ao objeto, a crise constituinte raiva também com a mesma intensidade, tendo por eixo a questão social – o campo de batalha onde os interesses e as ideologias se defrontam, sem que o Estado, por decorrência de sua natureza mesma, possa prover a Constituição dos meios materiais com que executar e concretizar determinados mandamentos e prescrições. Isso ocorre toda vez que as exigências programáticas de

prestações sociais acabam por exceder a capacidade dos recursos disponíveis, fazendo inadimplente o Estado intervencionista e levantando o espectro da ingovernabilidade da Nação.

Enfim, não resulta árduo compendiar toda essa questão conceitual referente à natureza da crise constituinte nos seguintes termos: há materialmente uma crise constituinte de legitimidade do titular e uma crise constituinte de legitimidade do objeto.

A primeira incide sobre a espécie ou qualidade de assembléia nacional constituinte; se ela tem ou não estreita correspondência com o titular do poder legítimo, isto é, com o Povo ou a Nação, medindo-se então o grau de legitimidade pelo grau de representatividade.

A segunda recai sobre a modalidade de Constituição que há de emergir do colégio constituinte, sobre o teor material de suas disposições, sobre sua compatibilidade com os fatores reais do poder, sobre os conteúdos sociais, nomeadamente hoje que eles exprimem na crise da sociedade brasileira, ilustrativa desse modelo, os pontos culminantes de todo o nosso processo existencial, arrastando para sua solução o papel que deverá caber ao Estado em presença das forças e dos problemas que, dentro da contracorrente política e social de nossos dias o desafiam para a vida ou para a morte.

Capítulo 6

A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

1. O poder de reforma constitucional. 2. As limitações expressas ao poder de reforma: A) Limitações temporais; B) Limitações circunstanciais; C) Limitações materiais. 3. As limitações tácitas. 4. O processo de reforma: A) A iniciativa da reforma; B) O órgão de reforma; C) A adoção definitiva da reforma. 5. A via permanente de reforma na Constituição de 1988: a emenda constitucional. 6. A via extraordinária e transitória de reforma: a "revisão". 7. O parlamentarismo e suas modalidades básicas: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista. 8. A controvérsia acerca da superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo. 9. A experiência parlamentar do Império: o pseudoparlamentarismo do Segundo Reinado. 10. A experiência parlamentar da República: o parlamentarismo dualista do Ato Adicional. 11. Crítica ao parlamentarismo do Ato Adicional. 12. O problema da Federação no sistema parlamentar. 13. Implantação e evolução do presidencialismo no Brasil. 14. O plebiscito e a reforma constitucional.

1. *O poder de reforma constitucional*

Do sistema de Constituições rígidas resulta uma relativa imutabilidade do texto constitucional, a saber, uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal.

A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição.[1]

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

1. Edouard Laboulaye, *Questions Constitutionnelles*, p. 156.

A reforma da Constituição, em sua acepção mais larga, admitiram-na invariavelmente graves teoristas políticos com influxo sobre a Revolução Francesa como Vattel, Sieyès e Rousseau. Senão, vejamos: Vattel, manifestando o entendimento de que a Constituição é versão palpável do contrato social, e depois de proclamar que sua modificação só se faria legitimamente pelo assentimento unânime dos cidadãos (aqui estaríamos consignando na prática a imutabilidade absoluta), varia de parecer, ao consentir a mudança mediante decisão de simples maioria, contanto que se reconhecesse à minoria dissidente o direito de secessão, em sinal de protesto pela quebra dos primitivos laços contratuais.

Justificava Sieyès a reforma constitucional partindo da célebre distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. As leis constitucionais, obra do poder constituinte – dizia ele – obrigam os poderes constituídos, mas nunca a Nação, titular daquele poder, do qual emanam referidas leis.

Vivendo em estado de natureza, a Nação independe de toda a forma; basta que ela queira para que sua vontade se converta em lei suprema. Mas a mudança constitucional de Sieyès esbarrava numa contradição com o sistema representativo: reservada apenas ao poder constituinte originário, era exclusivamente *política*, não se podendo exercer de forma *jurídica* pelo poder constituinte derivado.

Quem abre caminho pois para a legitimação do conceito jurídico de reforma constitucional – aquele que comete a revisão a uma autoridade ou órgão (poder constituinte derivado designado pela Constituição mesma) – é indubitavelmente Rousseau.

Impetrando nas *Considerações sobre o Governo da Polônia* uma Constituição sólida, e leis fundamentais "tanto quanto possível" irrevogáveis, o pensador de Genebra descia das alturas metafísicas e abstratas do "Contrato Social" para a planície do bom senso e das realidades evidentes e razoáveis ao declarar que é "contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar". Completou esse conceito acrescentando logo não ser "contra a natureza nem contra a razão" a possibilidade de revogar tais leis, desde que o façamos com a mesma solenidade empregada no estabelecê-las.[2]

2. Jean Jacques Rousseau, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée en Avril 1772*, p. 278.

O princípio formulado por Rousseau entra na Constituição francesa de 1791, que solenemente reconhece à Nação o direito imprescritível de mudar a Constituição e fazer a reforma daqueles artigos cujos inconvenientes a experiência houvesse demonstrado.[3] Empregar-se-iam para esse fim os meios previstos pela Constituição mesma.[4] Estava assim assentado o *princípio jurídico* da reforma constitucional por obra do chamado poder constituinte derivado.

2. *As limitações expressas ao poder de reforma*

O poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.

Limitações explícitas ou expressas são aquelas que, formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado.

3. "A Assembléia Nacional Constituinte declara que a nação tem o direito imprescritível de mudar sua Constituição, e, não obstante, considerando que é mais conforme ao interesse nacional usar unicamente, pelos meios previstos na própria Constituição, do direito de reformar os artigos cujos inconvenientes hajam sido patenteados pela experiência, decreta que isso será remediado por uma assembléia revisora na forma seguinte" (art. 1º do Título VII, da Constituição de 1791, cujo teor original é o seguinte: "L'Assemblée nationale Constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution et, néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'interérêt national d'user seulement par les moyens pris dans la Constitution même du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, decrète qu'il y sera remédié par une assemblée de revision dans la suivante").

4. O constituinte Frochot assim se manifestara: "Os direitos da Nação terão sido em vão proclamados caso se não reconheça esse princípio: que ao povo cabe o poder de ratificar e modificar sua Constituição, destruí-la até, mudar a fórma de governo e criar uma outra. Ou antes pouco importa seja o princípio consagrado na Constituição. A verdade eterna não precisa de ser declarada, porquanto preexiste a todos os tempos e a todos os lugares, independente de quaisquer partidos" ("Les droits des nations ont été proclamés en vain si l'on ne reconnait pas ce principe: qu'au peuple appartient le pouvoir de ractifier, de modifier sa constitution, de la détruire même, de changer la forme de son gouvernement et d'en créer une autre. Ou plutôt, il importe peu au principe lui-même qu'il soit consacré dans la constitution. L'éternelle vérité n'a pas besoin d'être declarée: elle est préexistante à tous les temps comme à tous les lieux, indépendante de tous les partis") (Joseph-Barthélemy e Paul Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, pp. 229-230).

Essas limitações expressas podem ser: temporais, circunstanciais e materiais.

A) Limitações temporais

Não é raro deparar-se-nos um texto constitucional que limita no tempo a ação reformista, paralisando o órgão revisor até o transcurso de um certo número de anos.

As Constituições francesas anteriores ao século XX apresentam com freqüência disposições desse gênero. Interditam o poder de reforma por determinado espaço de tempo, o que importa uma intangibilidade temporária da Constituição, nomeadamente com o propósito de consolidar a ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados.

Haja vista a esse respeito a Constituição revolucionária de 1791 na França, que tolhia toda proposição reformista durante as duas primeiras legislaturas, de modo que a iniciativa revisora deveria ainda repetir-se no curso de três legislaturas. Só na última, com mais de 249 constituintes especialmente eleitos para esse objetivo, poder-se-ia consumar a revisão, ou seja, dez anos depois, ao princípio do século seguinte, a saber, em 1801! É de assinalar que essa Constituição, sem embargo do empenho dos constituintes em fazê-la intocável por tanto tempo, durou menos de um ano!

A Constituição francesa do Ano III, posto que não estabelecesse um prazo formal de intangibilidade, produzia resultado semelhante com as exigências do art. 338, que dilatavam consideravelmente o espaço de tempo necessário à efetivação de uma reforma. Com efeito, a assembléia revisora somente viria a reunir-se depois que a proposta de revisão houvesse sido votada pelo Conselho dos Quinhentos, em três ocasiões distintas, separadas sucessivamente por um intervalo de três anos. A convocação do órgão revisor levaria portanto nove anos para fazer-se, de sorte que somente em 1804 poderia a Constituição ser revista! Os fatos porém não tinham a paciência da lei: o resultado foi o 18 do Brumário, estancando mais cedo que se esperava a obra dos constituintes do Ano III, capitaneados pelo Abade Sieyès.

Os constituintes de 1948, na França, abraçados ainda à inspiração malograda de obstaculizar a reforma constitucional por meios artificiais de rigidez, estabeleceram a intangibilidade temporária e periódica, de conseqüências bastante atenuadas. Autorizavam que se apresentasse a

proposta de revisão no último ano da legislatura (tinha esta a duração de três anos).

B) Limitações circunstanciais

Uma segunda modalidade de limitação expressa é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional.

Exemplo de disposição nesse sentido era a do art. 94 da Constituição francesa de 1946, que interditava a revisão em caso de ocupação do território. Guardavam os franceses amarga lembrança do episódio político de julho de 1940 quando, invadida a França pelos exércitos alemães, reformaram-se em Vichy as Leis Constitucionais da III República, com parte do território nacional ocupado e debaixo da pressão militar estrangeira.

A Constituição de 1958, sensível ao argumento patriótico e à ilegitimidade da operação constituinte numa hipótese anômala, vedou também a iniciativa revisora em caso de atentado à integridade do território (art. 89).

A Constituição brasileira de 1967 declarava que durante a vigência do estado de sítio não se reformaria a Constituição. O mesmo dispõe a Constituição de 5 de outubro de 1988 ao rezar, no § 1º do art. 60, que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

C) Limitações materiais

Há, finalmente, uma limitação expressa de ordem material, tocante ao objeto da reforma. Assim é que várias Constituições fazem imutável uma determinada matéria de seu conteúdo. As Constituições brasileiras desde 1891, por exemplo, interditavam toda a reforma constitucional que viesse a abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. A Constituição vigente retirou, porém, do âmbito de sua cláusula pétrea a forma republicana e, até, instituiu, tocante à monarquia, a consulta plebiscitária do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todo o § 4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma.

A Constituição portuguesa de 21 de março de 1911 excluía por igual do poder de reforma a substituição da forma republicana. Essas

disposições, em defesa do regime, foram sem dúvida inspiradas na Lei Constitucional francesa de 14 de agosto de 1884, que já dizia: "a forma republicana de governo não pode ser objeto de um projeto de revisão".

Desde o século XVIII, Constituições diversas têm trazido restrições expressas ao poder de reforma constitucional. O art. 2º, II, da Constituição helvética de 1798 fazia intocável a democracia representativa e ainda no século XX há exemplos recentes de Constituições que se valem da mesma técnica restritiva de intangibilidade absoluta de uma parte do texto constitucional. Haja vista a esse respeito o art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn que interdita a supressão da estrutura federal do país ou a abolição do Conselho Federal, equivalente ao nosso Senado ou a uma Câmara dos Estados.

Tem-se feito todavia largo cabedal crítico da impossibilidade jurídica de admitir-se disposições dessa natureza, tocante à intangibilidade de um regime ou de uma forma de governo.

A nosso ver a questão há sido colocada de maneira um tanto ambígua. Com efeito, diz Laferrière que "o poder constituinte exercitado num determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo, ainda que seja num determinado ponto", razão por que – acrescenta o publicista – disposições desse teor não passam de simples moções ou manifestações políticas, sem nenhum valor jurídico ou força obrigatória para os futuros constituintes.[5] Joseph Barthèlemy e Paul Duez vêem por igual naqueles artigos simples moções, desfalcadas de força jurídica obrigatória para os constituintes vindouros ou as gerações futuras.

Afigura-se-nos porém que a questão se atenuará desde que consagramos, com o necessário rigor, a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, conforme temos seguido e observado. O primeiro, entendido como um *poder político* fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo como *poder jurídico*, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado. Não poderá ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional; o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usur-

5. Julien Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 289.

pando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional.

3. *As limitações tácitas*

O poder de reforma constitucional exercitado por um poder constituinte derivado, sobre ser um poder sujeito a limitações expressas do gênero daquelas acima expostas, é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição.

Essas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para abrogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.

Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. Urge precatar-se contra essa espécie de revisões que, sendo formalmente parciais, examinadas, todavia, pelo critério material, ab-rogam a Constituição, de modo que se fazem equivalentes a uma reforma total, pela mudança de conteúdo, princípio, espírito e fundamento da lei constitucional.

Nas sobreditas hipóteses temos no âmago essa deplorável conseqüência: a Constituição ab-rogada, configurando-se assim o fenômeno político que os publicistas consignam debaixo da designação de "fraude à Constituição". São freqüentes os exemplos históricos dessa prática abusiva de violação da Constituição, em que as formas se resguardam para mais facilmente alterar-se o fundo ou a base dos valores professados.

Os sistemas ideológicos e totalitários foram bem-sucedidos no emprego dessa técnica fraudulenta, que lhes valeu na Itália fascista, na Alemanha nacional-socialista e em algumas democracias populares e marxistas da Europa Oriental o desimpedido acesso ao poder, sob o respeito aparente e cômodo da legalidade constitucional, cujo formalismo pareciam conservar, ao mesmo passo que com suas reformas violavam a Constituição na essência e substância, nos seus valores improfanáveis, afastando assim ou ferindo de morte os preceitos básicos da ordem estabelecida. As leis de Hitler de 24 de março de 1933 e 31 de janeiro de 1934 praticamente despedaçaram a Constituição de Weimar, criando um novo direito constitucional fora da legitimidade democrática, em consonância com o nacional-socialismo e sua fé ideológica.

A seguir, levanta-se a questão de saber se o poder revisor é competente para modificar o próprio sistema de revisão. Colhe-se a esse respeito uma resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que consentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder constituinte derivado características que ele não possui de poder constituinte originário. Dotado de competência ilimitada e soberana, esse último poder é o único com a faculdade legítima de alterar o procedimento reformista.

No entanto, a história constitucional francesa registra dois casos em que os limites traçados implicitamente ao poder constituinte derivado foram objeto de flagrante desrespeito.

O primeiro ocorreu em julho de 1940, quando a Assembléia Nacional, reunida em Vichy, deliberou reformular a Constituição mediante processo distinto daquele previsto no art. 8º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875.

O segundo se deu de modo expresso com a lei de 3 de junho de 1958, que abriu caminho ao advento do constitucionalismo degaullista, cuja conseqüência imediata veio a ser o fim da IV República francesa.

A experiência política de França, sendo uma das mais ricas do constitucionalismo ocidental, oferece-nos ainda à consideração um problema que ali já se manifestou concretamente em matéria de reforma da Constituição: o de precisar se o poder constituinte derivado pode ou não ser substituído pelo poder constituinte originário, à sombra de uma omissão constitucional.

A controvérsia suscitada a esse respeito mostra os defensores da resposta afirmativa acostados a um argumento aparentemente lógico: o de que quem pode o mais pode o menos. Em verdade, porém, o emprego de tal método viola a Constituição, assim na forma como no espírito, porquanto transgride as regras estabelecidas de convocação do poder constituinte, havendo nesse caso uma singular modalidade de "fraude ao poder constituinte". Foi aliás o que aconteceu na França durante a

reforma constitucional de outubro de 1960, em que o General Charles de Gaulle, ao invés de ater-se à letra do art. 89 da Constituição valeu-se de um processo de revisão diferente do que ali fora previsto, dando, porém, a impressão de proceder legitimamente, por haver recorrido ao povo, fonte da soberania e titular do poder constituinte originário.

4. O processo de reforma

A) A iniciativa da reforma

Vistos já os limites da reforma constitucional, consideremos agora o processo de revisão, a saber, que operação técnica se faz mister para levar a cabo a mudança na ordem constitucional. Abrange essa operação questões pertinentes à iniciativa da reforma, ao órgão incumbido de fazê-la e às exigências ou requisitos formais indispensáveis à aprovação definitiva da emenda proposta.

A questão da iniciativa constitucional guarda íntimas conexões com o problema da imutabilidade das Constituições. Com efeito, os sistemas políticos mais propensos à tese de elaborar Constituições que, sem tropeço, se amoldem a realidades novas, imprevistas, dinâmicas, movediças, em geral se furtam ao estabelecimento de prescrições demasiado rígidas com respeito à iniciativa da reforma, que eles fazem por conseguinte mais aberta e, menos restrita, de fácil emprego ou utilização.

Considera-se o livre acesso à iniciativa expediente mais democrático que a iniciativa reservada, cuja resistência à reforma traz óbices aos sistemas constitucionais, quando estes, pela renovação das normas ou dos preceitos, buscam averiguar os graus ou índices de legitimidade das instituições vigentes.

A iniciativa desembaraçada apresenta assim como corolário a mutabilidade relativa, ou seja, uma certa flexibilidade da Constituição em presença dos imperativos de mudança e acomodação ao meio. A iniciativa constitucional se faz aí tão franca e possível quanto a iniciativa legislativa, não se levantando distinção entre ambas. Em alguns sistemas, quais os da chamada democracia semidireta, se torna ela mais ampla, reconhecendo-se ao elemento popular o direito de propor a reforma.

A iniciativa restrita, limitada ou reservada, ordinariamente inclina o sistema à rigidez, conferindo uma posição de preponderância ou privilégio ao órgão incumbido de propor ou movimentar a reforma.

A espécie de órgão nomeado para exercer a iniciativa da atribuição revisora já diz muito do caráter liberal ou autoritário do sistema constitucional.

As Constituições, cujos fundamentos assentam nos princípios do liberalismo, costumam conceder a iniciativa da revisão exclusivamente ao parlamento. Assim o fizeram, por exemplo, os constituintes franceses de 1791 e do Ano III (veja-se o art. 2º do Título VII da Constituição de 3.9.1791 e o art. 336 da Constituição de 5 do Frutidor do Ano III). Se a Constituição porém é de teor manifestamente autoritário, a outorga daquela iniciativa sói recair de preferência sobre o executivo, como aconteceu na França com as Constituições de 16 do Termidor do Ano X e de 14.1.1852, cujos arts. 51 e 56, respectivamente, cometiam a iniciativa revisora apenas ao governo.

Mas o compromisso democrático nas Constituições evolve no sentido da adoção de uma iniciativa concorrente, partilhada entre o legislativo e o executivo, ora admitindo, ora excluindo a participação do povo.

Casos de iniciativa concorrente, que tanto pode caber ao executivo como ao parlamento, sem o concurso popular, são previstos no art. 8º da Lei Constitucional francesa de 1875, nos arts. 14 e 90 da Constituição da França de 27.10.1946 e no art. 89 da Constituição francesa de 4.10.1958, bem como nas Constituições da Bélgica, Holanda e Alemanha Ocidental.

Enfim, a iniciativa concorrente, em que o povo também pode participar, depara-se-nos ilustrada pelo exemplo da Constituição da Itália, de 27.12.1948 (art. 71). A iniciativa popular é aí reconhecida desde que proposta ou formulada por um mínimo de 50.000 eleitores.

A Constituição Federal da Suíça no art. 120 também confere ao povo a iniciativa da reforma, uma vez provocada por determinado número de cidadãos.

B) O órgão de reforma

As Constituições empregam usualmente como principais órgãos de revisão: a Convenção, o legislativo ordinário e o povo.

A teoria tem procurado estabelecer conexidade entre esses órgãos e a natureza das Constituições no tocante à rigidez, à latitude e à legitimidade do texto constitucional, preconizando a conveniência de cada órgão, consoante o modelo e a inspiração básica que rege a obra das constituintes.

Quando se pretende um alto grau de rigidez, acentua-se consideravelmente a distinção entre a lei ordinária e a lei constitucional, entre o poder constituído e o poder constituinte. Nesse caso o sistema de reforma que mais se recomenda é o de Convenção, nomeadamente em se tratando de reforma total da Constituição.

Quanto à latitude do texto constitucional, já se afirmou que as Constituições demasiado casuísticas demandam revisões freqüentes, não devendo a dilatação do conteúdo ser embargada pela rigidez constitucional, de modo que a uma necessidade contínua de tocar no texto há de corresponder, de necessidade, um abrandamento no rigor do processo reformista, cometido de preferência ao órgão legislativo ordinário.

Finalmente, a legitimidade da mudança constitucional ficaria, ao entender de alguns, bastante reforçada se o órgão revisor fosse o povo, titular supremo da soberania, ou seja, sujeito do poder constituinte originário, de acordo com as teorias democráticas do poder.

O sistema de Convenção nasceu do chamado "princípio do paralelismo das formas", por onde resulta que um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo. Ou, em outras palavras, aplicado o conceito à reforma constitucional: o órgão que fez a Constituição é o único apto a alterá-la.

Esse órgão, especialmente designado para tal fim, será, portanto, a Convenção, a saber, uma assembléia constituinte dotada de poderes específicos, cujo estabelecimento coroa a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Era preceito constitucional, dos mais reiterados, de fins do século XVIII ao século XIX, que a Convenção somente se ocuparia da matéria objeto de sua convocação, não podendo por conseguinte exercer nenhuma função legislativa ou de governo. Uma exceção a esse respeito emergia do art. 111 da Constituição francesa de 1848, ao admitir em caso de urgência o provimento das necessidades legislativas pela assembléia revisora.[6]

O sistema de Convenção foi inaugurado nos Estados Unidos no plano federal. Os Estados-membros também o utilizaram com freqüência para reformas totais da Constituição. Em França, sua adoção estava prevista nas Constituições de 1791, 1793, Ano III e 1848.

O legislativo ordinário como órgão revisor eleva ao mais alto grau a adequação do poder constituinte ao sistema representativo, significando do mesmo passo uma quebra ou declínio da rigidez constitucional e da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. A atribuição de competência ao órgão legislativo ordinário facilita a reforma constitucional, de modo que esta só se distingue da ab-rogação da lei ordinária pela observância de particularidades meramente formais: *quorum* reforçado para deliberar ou maioria de dois terços, por exemplo, para votar a modificação constitucional ou então exigência de uma legislatura especialmente renovada, à qual o eleitorado confere de modo específico competência para, no exercício de seu mandato, alterar a Constituição.

6. Nesse sentido, a Constituição francesa de 1791, no art. 7º do Título VII. Disposição semelhante no art. 117 da Constituição de 1793, que rezava: "Elle ne s'occupe, relativement à la Constitution, que des objets qui ont motivé sa convocation". Do mesmo modo o art. 342 da Constituição do Ano III: "L'Assemblée de révision n'exerce aucune fonction législative ni de gouvernement; elle se borne à la révision des seuls articules qui lui ont été designés par le Corps législatif". Veja-se também o art. 11 da Constituição de 1848: "L'Assemblée de révision ne sera nommée que pour trois mois. Elle ne devra s'occuper que de la révision pour laquelle elle aura été convoquée. Néanmoins, elle pourra en cas d'urgence pourvoir aux necessités législatives".

Quanto ao povo como órgão revisor, temos aqui a extremidade daquela posição doutrinária que concebeu a existência de um poder constituinte originário, de legitimidade irretorquível ou absoluta. Trasladado à Constituição, esse poder, domesticado pelos limites constitucionais, cumprirá a tarefa constitucional e constituinte de reformar a Constituição nos moldes estritamente estabelecidos por esta. Faz-se assim de todo *jurídica* a intervenção popular no processo reformista.

Criou-se ainda na experiência constitucional um órgão verdadeiramente intermediário entre a Convenção e o legislativo ordinário para intervir na elaboração da reforma da Constituição: uma assembléia especial, que se reúne, em formação originária, juridicamente distinta do Parlamento e voltada, com exclusividade, à tarefa constituinte, mas integrada do mesmo pessoal e das mesmas Câmaras que compõem o Parlamento ordinário. Foi o caso da Assembléia Nacional francesa, que votou as Leis Constitucionais de 1875.

C) A adoção definitiva da reforma

A adoção definitiva da reforma se faz pelos órgãos que a Constituição haja designado para essa finalidade. Tais órgãos costumam ser a própria assembléia revisora, aprovando a emenda por maioria qualificada; o povo, ratificando a reforma, por via do *referendum*, conforme acontece nos sistemas de democracia semidireta, e finalmente órgãos especiais, como no sistema federativo americano, onde as assembléias legislativas dos Estados-membros decidem por maioria de três quartas partes, consumando a reforma da Constituição.

5. A via permanente de reforma na Constituição de 1988: a emenda constitucional

A emenda é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto da Constituição. O es-

tatuto supremo tem nesse instrumento do processo legislativo o meio apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando.

Abaixo da emenda, seguem-se as leis complementares que, embora versando matéria constitucional no propósito de completar em seus desdobramentos compatíveis os conteúdos normativos da Constituição a que se referem, são todavia tarefa do legislador ordinário. Atua este no exercício de uma competência estabelecida pelo próprio constituinte. Formalmente os sete incisos do art. 59 traçam a seqüência normativa do processo legislativo. Contudo, a emenda goza, perante os demais diplomas legislativos, da rigidez do § 2º do art. 60; unicamente ela pode introduzir mudanças ou variações na Constituição.

Essa rigidez faz a proteção das regras constitucionais contra a eventual ação violadora de parte do legislador comum e se acha toda contida na forma de discussão e votação da emenda à Constituição em cada Casa do Congresso Nacional, o que ocorre em dois turnos, com aprovação da proposta tão-somente se lograr em ambos três quintos dos votos dos membros dos dois colégios: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Toda a Constituição pode ser emendada, salvo a matéria constante de exclusão em virtude dos limites expressos e tácitos postos à ação inovadora do constituinte de segundo grau, aquele dotado apenas de competência constituinte constituída ou derivada, isto é, que procede da vontade absoluta e soberana do constituinte originário.

Os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa de emenda, fazendo com que a proposta não seja sequer objeto de deliberação, são aqueles contidos no § 4º do art. 60 da Constituição.

Do ponto de vista material, a Carta de 1988 trouxe nesse tocante considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado, tudo numa compacta proteção às estruturas básicas componentes do Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como dos entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista.

A república, que fora um tabu de nosso constitucionalismo desde a sua primeira versão republicana de 1891, já não consta das limitações do § 4º do art. 60. O constituinte de 1988, mais indulgente em seus escrúpulos republicanos, foi tão longe que fez inserir no texto magno uma disposição transitória – a do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual entregava ao eleitor soberano, mediante plebiscito, a decisão definitiva sobre a forma de governo. O País poderia, assim, eventualmente, mudar da república para a monarquia constitucional por um ato direto de manifestação da soberania popular, conforme Emenda constitucional de antecipação do plebiscito originariamente previsto para 7 de setembro de 1993.

Mas o poder de emenda não se acha tolhido apenas por esses limites que acabamos de enunciar. Há outros não menos importantes e de igual eficácia que decorrem da natureza das instituições e são invioláveis; feri-los importaria suprimir a razão de ser da ordem constitucional e quebrantar o espírito da nossa forma de Estado de Direito abraçado à ideologia das liberdades democráticas.

Esses valores, providos também de supernormatividade formal e petrificados com a cláusula de intangibilidade do art. 60, § 4º, facilmente se inferem de outros lugares da Constituição ou neles se acham já formulados, quais, por exemplo, o pluripartidarismo e a soberania nacional.

6. A via extraordinária e transitória de reforma: a "revisão"

O art. 59 da Constituição, que institui de forma permanente a produção normativa das duas Casas do Congresso Nacional, ignora a revisão, qual se achava prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, provida de um grau inferior de rigidez exatamente concebido para tornar mais fácil a singular e extraordinária utilização desse mecanismo excepcional de reforma.

Portanto, do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos – e temos inumeráveis vezes reiterado esse entendimento – só poderia haver revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo.

Fora daí não havia como pretender a reforma da Constituição, exceto por via de outro instrumento que não fosse o da revisão e para fins que excluiriam todavia aqueles sobre os quais já se tivesse manifestado soberanamente o eleitorado, isto é, o grande colégio da cidadania. Este fora convocado, como se sabe, para 7 de setembro de 1993, por um ato de vontade do constituinte supremo (essa data foi antecipada para 21 de abril de 1993, pela Emenda Constitucional n. 2, de 25.8.1992).

O desígnio reformista, para atuar outra vez, teria então que percorrer os canais regulares do procedimento jurídico determinado pela Carta Magna. Aqui, o instrumento alternativo com que levar a cabo a reforma não poderia deixar de ser senão aquele que faz parte do processo legislativo da Constituição e o encabeça, a saber, a emenda constitucional.

Mas os limites ao uso da revisão se dilatavam também ao seu emprego ainda na hipótese da adoção da monarquia ou do parlamentarismo. Nesse caso a eficácia inovadora do mecanismo revisional posto no texto da Constituição ficaria, ao nosso ver, circunscrita a medidas absolutamente indispensáveis à exeqüibilidade da reforma a ser introduzida, não podendo sua abrangência exceder as fronteiras de adequação com a matéria inovada por ensejo da manifestação de vontade soberana, à qual o constituinte de segundo grau se achava indissoluvelmente atado.

A revisão só existiu, pois, no art. 3º daquele Ato. De modo que sua eventual aplicação se exauria com o preenchimento da finalidade contida no artigo antecedente, ou seja, o art. 2º, a que inarredavelmente se vincula.

A revisão é, de conseguinte, figura transitória. Em rigor, não poderia sequer ser utilizada – deixando imediatamente de existir – pois o povo disse não à monarquia ou ao parlamentarismo. O texto constitucional propriamente dito, quer dizer, sua parte permanente, ignora a revisão. Não consta ela do processo legislativo estabelecido pelo art. 59 da Constituição; bem ao contrário, portanto, do que ocorria na Carta de 1934, onde o meio revisional era peça constitutiva do processo normal de alteração da lei maior.

Em verdade, tinha ali a revisão uma rigidez formal muito superior à da emenda; isto se traduzia na qualificação de um *quorum* bem mais elevado do que aquele requerido para aprovação de qualquer emenda. Aliás o constituinte de 1934 fez da revisão o único meio de modificar a parte verdadeiramente material da Constituição, enunciando no *caput* do art. 178 os conteúdos privilegiados, fora portanto do alcance da emenda.[7]

7. A matéria constitucional que na Carta de 1934 poderia ser objeto de revisão, ficando portanto excluída de mudança por via de emenda, constava do *caput* do art. 178 e de suas remissões. Referia-se aos seguintes pontos fundamentais: a estrutura política do Estado, a organização ou a competência dos poderes da soberania, a coordenação dos poderes na organização federal, a Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a declaração de direitos, a autorização do Poder Legislativo para declarar o estado de sítio, o plano sistemático e permanente de combate às secas nos Estados do Norte (*sic*), a representação proporcional e o voto secreto e a própria matéria do art. 178 que dispunha sobre a emenda ou a revisão constitucional.

O singular no constitucionalismo pátrio de 1988 é que a revisão aparece solitária e transitoriamente à margem da parte fixa da Constituição e com rigidez inferior à da emenda, tanto que nesta a proposta de alteração se discute e vota em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, enquanto a revisão se faz de maneira muito mais simples: basta para aprová-la o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral.

Daqui passamos ao exame político da reforma de 1993. Com efeito, alguns constitucionalistas e sobretudo um numeroso corpo de membros do então Congresso tinham acerca da matéria um entendimento equivocado que, ao nosso ver, por ter prevalecido configurou grave atentado à incolumidade do texto constitucional.

Achavam eles possível estender a ação do mecanismo revisional a todos os pontos da Constituição, salvo obviamente aqueles que jazem debaixo da férrea e irremovível intangibilidade do § 4º do art. 60, a saber, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Em geral, os defensores dessa tese não se guiavam por razões jurídicas, mas por motivos de ordem política. Mal dissimulavam a ojeriza que lhes causava determinados preceitos da lei fundamental, cuja remoção gostariam de ver concretizada o mais breve possível. De sorte que uma via interpretativa que conduziu a revisão rumo àquela latitude aqui impugnada foi o caminho mais fácil de alcançar aquele objetivo.

7. *O parlamentarismo e suas modalidades básicas: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista*

Convém ao País a introdução da forma parlamentarista de Governo? Eis a questão que agora é suscitada e da qual, a seguir, nos ocuparemos.

Há duas modalidades básicas de parlamentarismo: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista.

O mais fácil de implantar talvez seja o primeiro, enquanto o segundo se apresenta como o mais difícil, sendo, porém, o mais democrático, o mais puro, o mais perfeito. Nele os monarcas e os presidentes reinam ou presidem, mas não governam, porque o governo todo é obra do gabinete, designadamente do primeiro-ministro. Este concentra em sua mão o exercício do monopólio da autoridade de governo, neutralizando nesse ponto a figura do Chefe de Estado, habitualmente desfalcado de fa-

culdades ativas e mero representante ou símbolo da unidade do poder ou da nação.

O exemplo mais acabado de parlamentarismo monista é o da Inglaterra, que alcançou esse resultado em razão de um longo processo histórico, ocupado em grande parte pelo parlamentarismo dualista, do qual nasceu. O parlamentarismo dualista, dominante também nas monarquias constitucionais do século passado, é familiar a alguns sistemas contemporâneos, desde a Segunda Grande Guerra Mundial.

Nessa modalidade de parlamentarismo, quando as competências governativas não se repartem com certo equilíbrio, tende a sacrificar ora o Chefe de Estado, ora o Primeiro-Ministro, fazendo um preponderar sobre o outro, de tal sorte que assim fica desnaturada e pervertida com a hibridez a índole propriamente parlamentarista do sistema.

O excesso de racionalização tem ao mesmo passo introduzido fórmulas, demasiado teóricas, de parlamentarismo dualista, pretensamente extraídas do exame de realidades vivas e observáveis e que redundam todavia na diminuição ou na limitação da amplitude democrática dessa forma de governo.

No caso brasileiro o parlamentarismo dualista oferece, como já ocorreu em 1961, o grave e inequívoco risco de ampliar em demasia os poderes do Presidente. Ainda que esses poderes não fossem formalmente alargados pela repartição constitucional das atribuições de governo, tal risco nem por isso desapareceria enquanto o Presidente conservasse a origem de seu mandato em eleição direta. Poderia ele, a qualquer pretexto, projetar a sombra de um poder rival, dotado do mais alto grau de legitimidade, sobre o chefe de gabinete, eleito apenas pela maioria parlamentar, sem o prestígio imediato do sufrágio popular. Tão cedo não se apagará da memória de nosso povo a conquista oriunda da campanha diretas-já e quanto isto valeu como expressão de um poder legítimo para derrubar o muro da ditadura, cuja duração foi de 20 anos.

É reflexão suficiente para firmar, pois, a invalidade política da adoção de um parlamentarismo monista, nesta altura histórica da conjuntura nacional.

8. *A controvérsia acerca da superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo*

A indagação acerca da conveniência de adotar-se no País o parlamentarismo deve ser respondida afirmativamente.

Com efeito, o regime parlamentar, numa época de crise e abalos nas relações do Estado com a Sociedade, em virtude da complexidade dos problemas do século e da intensa e profunda politização do meio social, se revela o sistema de governo mais adequadamente apto a resguardar a hegemonia da Sociedade, corporificada no Parlamento. Desta o Poder Executivo vem a ser tão-somente o braço ou instrumento no exercício do poder. Mas exercício de poder consentido, legitimado por um sólido e decisivo apoio de opinião que faz a sustentação dos ministérios graças às maiorias parlamentares, sem as quais não há governo que se conserve de pé.

A outorga da confiança política da Nação mantém os governos no poder por via do instituto da responsabilidade ministerial. A moção de confiança pode em todas as ocasiões de crise renovar ou recusar o apoio parlamentar de que depende a conservação dos gabinetes.

Tudo isto se resume na fórmula lapidar de Raul Pilla, ao contrastar o parlamentarismo com o presidencialismo: o primeiro, dizia ele, é o governo da responsabilidade a prazo incerto; o segundo, o governo da irresponsabilidade a prazo certo.

Outras generalizações felizes para cunhar a superioridade do governo parlamentar sobre sua antítese presidencial se colhem também de algumas valiosas reflexões de Rui Barbosa e Afonso Arinos Melo Franco, cuja autoridade nesse tocante é tanto maior quanto foram eles mesmos, de início, ardorosos propugnadores da forma presidencial, sendo Rui, aliás, aquele que a introduziu no Brasil, quando elaborou o anteprojeto de Constituição do Governo Provisório. A seguir, viu sua novidade criativa, de inspiração norte-americana, consagrada pelo art. 41 da Constituição republicana de 1891.

Disse Rui, depois da implantação do sistema, e após amargar uma dolorosa *via crucis* política aberta com as perseguições do regime, que o presidencialismo brasileiro não era senão "a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo".[8]

Não trepidou tampouco o insigne publicista em asseverar que o regime presidencial criara "o mais chinês, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regimes"[9] e que o Presidente da República se

8. Rui Barbosa, *Novos Discursos e Conferências*, pp. 350/353.

9. Rui Barbosa, *A Gênese da Candidatura do Sr. Wenceslau Braz*, 1915, pp. 36/37.

convertera no "exclusivo depositário da autoridade para o bem e para o mal".[10] Ao mesmo passo, Rui advertia que nesse regime "a tribuna parlamentar é uma cratera extinta, e as câmaras legislativas mera sombra da representação nacional".[11]

Não menos cáustico e desenganado, um publicista recente – Afonso Arinos de Melo Franco – que terçou armas em favor daquele sistema num célebre e polêmico Parecer oferecido ao Congresso Nacional contra a Emenda de Raul Pilla de introdução do Parlamentarismo, ainda durante o governo da Carta constitucional de 1946.

Arinos, depois de assinalar a sujeição a que ficara reduzido o Congresso como um poder subordinado – aviltamento que ele atribuía às deformidades do presidencialismo – disse que este era um "desgraçado sistema de governo que, pela dinâmica do próprio funcionamento, sufoca o que existe de melhor e impulsiona o que há de pior na alma brasileira".[12]

Não deve pairar dúvida portanto com respeito à superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo. No parlamentarismo as Câmaras legislativas são escolas de pedagogia cívica, no presidencialismo elas se transformam em mercado de clientelismo, onde o tráfico de influência e o jogo de interesses converge ali para fazê-las submissos e servis apêndices do Poder Executivo.

Assiste razão, por inteiro, ao deputado Victor Faccioni quando refere que "Raul Pilla já observava que três tipos de indivíduos defendem, intransigentemente o presidencialismo: primeiro, os que estão no Poder; segundo, os que vivem em torno do Poder e, terceiro, os que esperam chegar ao Poder".[13]

9. *A experiência parlamentar do Império: o pseudoparlamentarismo do Segundo Reinado*

Realmente, a classe política brasileira nunca se conscientizou daquilo que há sido a tragédia do presidencialismo nesse País. E aqui se acha a porta de ingresso ao terceiro aspecto de nossas considerações acerca da reforma constitucional de 1993, caso tivesse vingado, pelo voto plebiscitário, a monarquia constitucional ou o parlamentarismo, este último eixo das reflexões em curso.

10. Rui Barbosa, *Campanha Presidencial*, pp. 118/119.
11. Rui Barbosa, *Oswaldo Cruz*, Rio de Janeiro, 1917, pp. 3/4.
12. Afonso Arinos, "O Presidencialismo Brasileiro (História em Quadrinhos) I", *Jornal do Brasil*, s/d.
13. Victor Faccioni, *Folha de S. Paulo*, 28 de novembro de 1987.

Com efeito, é o lado histórico que prenderá doravante nossa atenção, para demonstrar se realmente a experiência parlamentar do Império invalida ou não a adoção desse modelo no Brasil, retirando-lhe a força de credibilidade que ao redor dele cresce a cada passo nos domínios da opinião nacional.

Em rigor, não houve parlamentarismo ao longo do Império, mas um regime pré-parlamentarista, continuamente em busca da efetivação de tal modelo por uma virtude evolutiva inerente a todos os sistemas inclinados a fazer valer a supremacia do órgão parlamentar.

O fenômeno político do Império, em suas raízes históricas, não será jamais compreendido se passar o observador uma esponja no Primeiro Reinado e ignorar os catastróficos efeitos políticos da dissolução da Constituinte bem como o trauma que ela provocou na alma liberal da Nação. Ali naquela assembléia estava verdadeiramente sediado o sentido de progressão de nossas liberdades e franquias. De tal maneira que, dissolvido o corpo representativo, por obra do golpe de Estado de novembro de 1823, a Sociedade brasileira padeceu logo um terrível revés na sua luta, já hoje mais do que secular, contra um Estado vocacionalmente autocrático e usurpador.

Foi a memória e, por conseqüência, a manutenção do pensamento liberal que atuou decisivamente para imprimir à Constituição do Império na sua concretização institucional os traços de tolerância e liberdade observados durante o Segundo Reinado, o que aliás aconteceu em grande parte contra a regra do próprio texto constitucional. Nesse ponto a instituição parlamentar veio a ser a sede de uma admirável evolução, que nos conduziu ao chamado governo parlamentar do Império, onde todavia a sombra atrofiadora e esterilizante da vontade imperial fora até a penúltima década do século o grande obstáculo a uma consolidação consuetudinária da autoridade da Câmara.

Um parlamentarismo estável e definitivo, ao fim do Segundo Reinado, dependia sobretudo da adoção adicional de um sistema federativo, ao qual se opunham tenazmente as correntes conservadoras e, à frente destas, o próprio Imperador.

Com o Brasil, não há razão para o ceticismo do publicista que afirmou, segundo Aliomar Baleeiro – para mostrar a impossibilidade de transladação eficaz de modelos políticos do exterior –, que o primeiro artigo da Constituição britânica era o povo britânico.[14]

14. Aliomar Baleeiro, "Parlamentarismo: Não Há Povos Privilegiados", *Jornal do Brasil*, 1º de agosto de 1965.

Em nosso País – o que aliás é positivo – a verdadeira e legítima Constituição do Império não foi a Carta outorgada em 1824, mas os homens que fizeram o Ato Adicional, a Maioridade, a criação da Presidência do Conselho de Ministros em 1847 e a Lei Saraiva de 1881, contra o texto daquela lei maior. Se aplicada fosse a Constituição, com todo o rigor das competências deferidas ao Poder Moderador e ao Poder Executivo e concentradas na figura do Imperador, cuja pessoa o art. 99 fizera "inviolável e sagrada" e não sujeita "a responsabilidade alguma", teríamos ali, sem dúvida, o código de um despotismo sem limites, qual fora, ao início do Primeiro Reinado, o do monarca que fuzilou e enforcou os patriotas da Confederação do Equador, entre os quais o grande constitucionalista Frei Caneca.

A forma parlamentar do Império, por mais rude que haja sido, constituiu todavia a bússola política das nossas liberdades. Já a munificência real, ao contrário, ignorando a vontade majoritária da Câmara, exercitava o livre-arbítrio do poder para levantar e derrubar ministérios ou dissolver o legislativo.

Assim aconteceu durante a crise de 1868, com a queda do gabinete Zacarias e a ascensão de Itaboraí – um golpe de Estado dissimulado desferido pela Coroa. O golpe ocasionou contudo duas significativas reações liberais: o discurso acadêmico de Rui Barbosa na homenagem dos estudantes das Arcadas a José Bonifácio, o Moço, em São Paulo, e a dissidência republicana do Manifesto de 1870, logo seguido da Convenção de Itu.

Mas a Câmara resistia e a classe política do Império, que tinha no coração o alento das tradições liberais do Anteprojeto da Constituinte dissolvida, essa classe após haver demonstrado, de início, repulsa ao estatuto da outorga imperial, impulsionava o regime para novas franquias e novas conquistas. E o fazia de maneira tão obstinada que, em 1871, premido pelas pressões oposicionistas, cujo alvo maior principiava a ser a instituição mesma da monarquia, o Visconde de Rio Branco, chefiando o Partido Conservador e o gabinete mais longo da história política do Império (durou quatro anos e pouco) já aquiescia, como assinalou Paulo Brossard, à tese dos liberais, contestada por Itaboraí em 1868, e nesse mesmo ano defendida por Nabuco, no Conselho de Estado, em reunião sob a presidência do Imperador; tese, segundo a qual, em obediência ao modelo britânico, o rei reina, mas não governa, em tudo diferente daquela a que tanto se aferraram outrora alguns ministros do Imperador, de que o rei reina, governa e administra.

A década de 1880 poderia ter salvo, por meio de uma reforma federativa, o parlamentarismo e a monarquia. Joaquim Nabuco mesmo chegara a apresentar dois projetos para estabelecer a monarquia federativa, única reforma, segundo Rui, capaz de reconciliar o trono com a nação.

Renovava-se dessa maneira o esforço malogrado de 1831, da época da Abdicação. Mas era tarde demais. O centralismo liberticida sufocara já a aspiração federalista do Partido Liberal e o verbo de Nabuco, ao introduzir na Câmara o projeto daquela reforma, fazia ecoar, debaixo de aplausos, na sessão de 14 de setembro de 1885, esta apóstrofe de ressentimento: "(...) à pátria, ao contrário do que dizia Danton, o homem a leva nas solas dos pés para colocá-la onde encontra a liberdade, a remuneração do seu trabalho, o respeito dos seus direitos e o futuro da sua família". Nada destrói mais o sentimento patriótico do que a ditadura e a opressão.

10. A experiência parlamentar da República: o parlamentarismo dualista do Ato Adicional

Digno por igual de análise é o efêmero ensaio de parlamentarismo realizado já no regime republicano sob a égide da Constituição de 1946.

O Ato Adicional de 2 de setembro de 1961 foi promulgado em circunstâncias excepcionais: o Congresso se perfilava esmagadoramente presidencialista, queria a posse do Vice-Presidente, o País estava à beira do caos, o fantasma da guerra civil rondava a Nação, o meio militar se dividira com a crise da renúncia de Jânio Quadros e o Governador Leonel Brizola levantara no Sul a resistência constitucional em favor da posse do Dr. João Goulart.

De modo que, para evitar a luta armada, o Congresso, em face da situação desesperadora, se socorreu da fórmula parlamentarista, único expediente possível para lograr naquele ensejo uma trégua entre correntes políticas passionais, cuja divisão punha em risco a segurança do País e o futuro das instituições.

Em termos de acordo, fez-se então um parlamentarismo dualista que no foro íntimo de seus autores fora elaborado para não valer. O Presidente repartia poderes com o Presidente do Conselho de Ministros. O art. 3º do Ato Adicional fixava, entre outras, as seguintes competências presidenciais: nomear e demitir o Presidente do Conselho de Ministros, vetar projetos de lei, prover os cargos públicos federais e presidir às reuniões do Conselho de Ministros quando julgasse conveniente. Competências estas mais do que bastantes a inibir e neutralizar política e admi-

nistrativamente a ação do Primeiro-Ministro, sobre o qual pesava ainda, para fazer mais secundária e subordinada sua presença no Governo, o fundamento de legitimidade do Vice-Presidente empossado, o qual, vindo de uma eleição direta, se vira, de maneira súbita e iníqua, por obra de uma crise e conspiração de seus adversários, privado do pleno exercício das funções governativas inerentes ao sistema presidencial.

11. Crítica ao parlamentarismo do Ato Adicional

Sem embargo de todos esses pressupostos negativos, a vigência do parlamentarismo republicano se estendeu por espaço de 1 ano e 3 meses, e esteve muito perto de ser bem-sucedido, não fora o comportamento hostil do Presidente, a par da cumplicidade e tibieza de ânimo dos três chefes de gabinete, a saber, Tancredo Neves, Brochado da Rocha e Hermes Lima.

Demais, o regime parlamentarista do Ato Adicional punha abaixo a pretensão dos partidos e suas lideranças de adquirirem o poder na sua expressão unipessoal e monopolizadora. A subtração dessas vantagens políticas que o presidencialismo dantes lhes facultava, também concorreu deveras para a queda do parlamentarismo de 1961, acelerando a restauração presidencialista.

Não resta dúvida que houve cometimentos importantíssimos e positivos do Governo parlamentarista, tais como, entre outros, a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 4.024, de 20.12.1961), a solução dada ao problema da aviação naval que por pouco não acarretou um grave estremecimento nas relações da Marinha com a Aeronáutica e a Lei de Remessa de Lucros para o Exterior (Lei 4.131, de 3.9.1962).

É de assinalar que num artigo intitulado "As Opções Parlamentaristas", estampado no *Jornal do Brasil*, edição de 26 de setembro de 1965, Luiz Navarro de Britto demonstrou, com dados estatísticos irrefutáveis sobre variações ministeriais, que houve mais estabilidade ministerial durante o parlamentarismo de 1961 do que durante o presidencialismo de 1963. Escreveu o publicista baiano: "No Brasil, é certo, tivemos três Conselhos de Ministros em um ano, durante a vigência do Ato Adicional de 1961. Mas neste período nenhum voto de confiança lhes foi recusado nem tampouco qualquer moção de censura foi aprovada pela Câmara. Os Gabinetes renunciaram, da mesma forma como podiam ser dispensados os Ministros em nossa Terceira República".

12. O problema da Federação no sistema parlamentar

Um problema que não chegamos a sentir no parlamentarismo republicano, talvez pela brevidade de sua vigência, foi aquele relativo à compatibilização do sistema com a forma federativa de Estado. O problema existe e não pode ficar deslembrado ou fora de debate, a menos que se queira manter uma federação unicamente pelo nome. Mas isso seria desvirtuá-la de seus princípios e afastá-la de suas bases estruturais.

Não somos porém tão pessimistas a esse respeito quanto Sampaio Dória, que dizia ser a incompatibilidade funcional do parlamentarismo com a federação a mesma "da água e do fogo que se aproximam: ou se apaga o fogo ou se evapora a água".[15] Não é tanto assim, mas ela existe como uma questão que se pode resolver sem grandes traumas, conforme veremos.

O mesmo constitucionalista levantou também um ponto de sumo interesse pertinente à questão da responsabilidade ministerial no parlamentarismo do sistema federativo.

Perante que Câmara responde o Gabinete? indaga ele. Perante a Câmara dos Deputados? Perante o Senado? Perante o Congresso em sessões conjuntas? Ou, ainda, perante as duas separadas, cada uma por sua vez, como na elaboração das leis?[16]

Uma dificuldade maior todavia poderá surgir se atentarmos que nas propostas dominantes de introdução do parlamentarismo, há uma inclinação manifesta pelo voto majoritário e distrital. Deve nesse tocante o reformador constituinte proceder com extrema cautela se tivermos que abandonar a representação proporcional, a fim de que não fiquem sem proteção e sem participação as minorias políticas. Fazê-lo importaria grave lesão ao pluralismo político, elevado a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estatui o art. 1º da Carta Constitucional; não sendo também de desprezar a outra garantia constitucional conferida ao pluripartidarismo e constante do art. 17 da Lei Maior. Estas garantias não estão ao alcance do braço reformador. Tratando-se de princípios fundamentais da Constituição se inserem eles tacitamente na órbita material daquelas exclusões taxativas constantes do § 4º do art. 60 da Carta Constitucional.

Meio simplificado de fazer chegar, enfim, o parlamentarismo aos Estados-membros da Federação, sem mais complicações e sem quebran-

15. A. de Sampaio Dória, "Parlamentarismo *versus* Federação". Conclusão, *O Estado de S. Paulo*, outubro de 1961.

16. Sampaio Dória, "Parlamentarismo *versus* Federação", artigo cit.

tar a compatibilidade com o modelo federal, seria a adoção naquelas unidades do chamado parlamentarismo prussiano, a que se referiu Navarro de Britto: um só titular, na categoria de Ministro-presidente, congregando em sua pessoa a direção e o exercício do Poder Executivo, ou seja, duas titularidades – seria a um tempo Chefe de Estado e Chefe de Governo.

13. Implantação e evolução do presidencialismo no Brasil

Quanto ao presidencialismo, é modelo malogrado que ao longo de cem anos de república demonstrou ser a mais nociva e inidônea das formas usuais de governo, pelo menos no atual grau de desenvolvimento da sociedade brasileira. Outra coisa ele não fez aqui senão gerar no ventre de suas crises a ditadura, a sedição militar, o tumulto social, a rigidez oligárquica e uma sensível atrofia do sentimento de responsabilidade pública nos titulares do poder.

A grande surpresa que nos oferece um exame histórico da introdução do presidencialismo no Brasil é verificar que os primeiros republicanos eram parlamentaristas e não lhes passava pela cabeça a consagração do sistema presidencial. Isto já foi constatado por publicistas e historiadores que se ocuparam da gênese da idéia republicana nos movimentos políticos do Império.

Afonso Arinos de Melo Franco lembrou muito bem que no Projeto de Constituição para o futuro Estado de São Paulo os redatores republicanos do texto puseram uma disposição onde se poderia ler o seguinte: "O Presidente da província será designado e destituído pela Assembléia Legislativa".

Era a proposta de continuidade do modelo parlamentarista da tradição imperial, com a qual não se rompe.

Numa conferência proferida em 25 de outubro de 1983, num simpósio sobre parlamentarismo, promovido por uma Comissão Mista do Senado Federal, o ex-Senador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard de Souza Pinto, discorrendo sobre o regime parlamentarista brasileiro no Império e na República, fez menção do seguinte fato que não deve ficar deslembrado: "Quando a República foi proclamada, não havia nenhum deputado republicano na Câmara dos Deputados" e acrescentou que na legislatura anterior havia apenas três.

Não havia tampouco tradição presidencialista no País nem os primeiros republicanos, autores do célebre Manifesto Republicano de 1870

e partícipes da Convenção de Itu de 1873, se haviam identificado com o presidencialismo.

Eram parlamentaristas e tanto o eram que aquele Manifesto refere e preconiza a mudança do sistema unitário para o sistema federativo, mas não alude uma única vez à excelência da forma presidencial de governo nem a recomenda por base do novo sistema institucional da organização republicana do poder.

É de assinalar, por outro lado, a hesitação dos republicanos de 1889 ao proclamarem a República. Veja-se o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, onde logo no *caput* do art. 1º se lê: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira – a República Federativa".

Não se mencionava ali a forma presidencial do governo. A mesma vacilação se constata no art. 7º do sobredito Decreto: "Art. 7º. Sendo a República Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, *aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular*".

Eis aí uma velada promessa plebiscitária que nunca se cumpriu e que absolvia os escrúpulos do autor do Decreto – Rui Barbosa – o único republicano talvez capacitado a medir a extensão exata da mudança feita no regime com o advento do presidencialismo. Mas Rui, depois de viver trinta anos de governo presidencialista durante a Primeira República, acabou se convertendo num penitente de seu erro. Sua defecção só se pode comparar à de José Augusto e Afonso Arinos, ambos numa certa fase da vida ardentes propugnadores do presidencialismo e, a seguir, apóstolos da causa parlamentarista. Assim, pois, o sistema presidencial veio a vingar no *caput* do art. 41 da Constituição de 1891, sob a indiferença e o silêncio da Nação.

A ignorância acerca da natureza do sistema presidencial de governo era tão espessa e profunda entre os autores da derrubada do trono que o Marechal Deodoro, segundo relata Aurelino Leal, ao receber das mãos de Rui Barbosa o Anteprojeto de Constituição elaborado em nome do Governo Provisório e após folhear algumas páginas do documento, foi logo perguntando ao principal redator constituinte, isto é, ao próprio Rui, onde estava o artigo que lhe consentia dissolver o Congresso. Tendo aquele político respondido que aquela dissolução constitucionalmente só era possível no regime deposto, o fundador da república presidencialista não se deu por vencido e logo advertiu que um dia os congressistas aca-

bariam saindo das Casas legislativas como Antonio Carlos saíra da Constituinte de 1823: tirando o chapéu em saudação à majestade do canhão.[17]

O mais irônico é que a profecia se cumpriu por obra daquele chefe republicano, primeiro Presidente do novo regime e primeiro autor, na República, de um golpe de Estado que dissolveu o Congresso. Nunca até os nossos dias o presidencialismo fez a estabilidade do governo republicano.

Hoje, decorridos mais de cem anos de presidencialismo, o País se acha acorrentado à mesma insegurança e incerteza dos republicanos de 1889 – eis a singularidade desta crise.

Atente-se para os arts. 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: lembravam eles, pelo seu teor, ânimo e espírito, o art. 1º já referido, do célebre Decreto n. 1 do Governo Provisório, datado do dia 15 e que rezava, conforme vimos: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da Nação brasileira – a República Federativa".

14. O plebiscito e a reforma constitucional

O plebiscito de 1993, já sabemos, constava do referido Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Carta de 1988 instituiu um instrumento de consulta popular mediante o qual a nação decidiria se deveria conservar o regime republicano ou adotar a monarquia, bem como se abandonaria ou não a forma presidencial de governo.

Ao contrário da revisão, a técnica plebiscitária entra no corpo normativo da Constituição propriamente dita. Em três artigos vamos encontrá-la: primeiro, no art. 14, onde figura ao lado do referendo e da iniciativa popular, como um dos meios de exercício da soberania popular, isto é, como uma das técnicas da chamada democracia semidireta; segundo, no § 3º do art. 18, para incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados, assim como formação de novos Estados ou Territórios Federais; e, finalmente, no inciso XV do art. 49, que determina ser da competência exclusiva do Congresso Nacional convocar plebiscito e autorizar referendo. Fora dessas hipóteses, tivemos, conforme já se viu, o plebiscito extraordinário e específico do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, marcado inicialmente para 7 de setembro de 1993 e antecipado para 21 de abril do mesmo ano.

17. Aurelino Leal, *História Constitucional do Brasil*, pp. 209 a 215.

Não foi boa a tese de antecipação desse plebiscito. Não foi por várias razões, uma das quais reside no antecedente histórico de 1961. Com efeito, o terceiro e último gabinete da república parlamentar instaurada naquele ano, ao investir-se do poder, fez de imediato profissão de fé na restauração presidencialista, declarou a ilegitimidade do Ato Adicional e conclamou a opinião a erguer-se em favor da antecipação do plebiscito. Este fora previsto para cinco anos depois do advento do sistema parlamentarista, conforme dispunha o art. 25 daquele Ato. Antecipou-se porém o plebiscito, o povo disse não ao parlamentarismo e logo se fez a restauração presidencialista pela Emenda n. 6, de 23 de janeiro de 1963.

Afigura-se-nos que se não tivesse havido aquela antecipação, com certeza a experiência parlamentarista haveria permanecido até 1966, tempo razoável ou suficiente para a sociedade brasileira sentir e aquilatar com imparcialidade os verdadeiros efeitos do funcionamento daquele mecanismo novo de organização e exercício do poder. Outra vantagem adicional: ainda que o parlamentarismo não triunfasse depois pelo voto plebiscitário, teria já retardado e provavelmente evitado o advento em 1964 da ditadura de vinte anos, filha bastarda do presidencialismo restaurado.

Diante da figura do plebiscito estatuído no art. 2º do Ato, éramos de parecer, caso o povo respondesse sim ao parlamentarismo, que nada obstaria – uma vez reformada a Constituição por intermédio da via revisional – fosse o eleitorado outra vez solicitado a se pronunciar, pelo mesmo instrumento ou por meio de referendo, acerca do alcance e legitimidade das mudanças constitucionais de adequação levadas a cabo para a introdução do novo sistema. O art. 49, inciso XV da Constituição o consentia; não padece dúvida que isto seria, pois, a melhor maneira de partir para o regime parlamentar escudado já, em toda a plenitude, na solidez do consenso popular.

Antes de concluirmos, faz-se mister, pelo relevo que assumiu em todas as tribunas onde se debateu a reforma constitucional, suscitar outra vez, mas em termos estritamente jurídicos, a questão da antecipação do plebiscito.

Seria, ao nosso ver, equivalente a desferir um golpe de Estado, visto que não tem outra qualificação perpetrar tamanha inconstitucionalidade. A fixação da data 7 de setembro de 1993 foi ato do poder constituinte de primeiro grau no exercício de um poder formal juridicamente ilimitado. O estabelecimento do prazo não se fez por mero acaso ou capricho do legislador supremo, com indiferença aos seus efeitos. Na realidade o que ele quis foi dar ao povo uma oportunidade de cinco anos para pon-

derar, meditar, acompanhar e avaliar a possível eficácia do regime sob a Constituição presidencialista vigente, antes de sujeitá-la a uma revisão profunda de variação do sistema de governo.

Antecipar o plebiscito portanto ocasionou gravíssima lesão ao texto magno, tanto do ponto de vista material como formal. Sem embargo da inconstitucionalidade que isso representou, o Congresso Nacional antecipou para 21 de abril de 1993 a realização desse plebiscito.

Capítulo 7

A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. Do conceito político e filosófico ao conceito jurídico das Constituições: dois séculos de crise constitucional: A) O caráter político das Declarações de Direitos e dos Preâmbulos; B) A segunda fase constitucional das Cartas liberais; C) A crise constitucional do Estado liberal e a Constituição de Weimar; D) Com a programaticidade entra porém em crise o conceito "jurídico" de Constituição; E) A normatividade das Constituições do Estado social e o caráter jurídico das normas programáticas. 2. A classificação das normas constitucionais e os distintos critérios classificatórios. 3. O problema do destinatário das normas constitucionais. 4. As diversas classificações elaboradas pela doutrina. 5. As normas constitucionais programáticas. 6. As normas constitucionais imediatamente preceptivas. 7. As normas constitucionais de eficácia diferida.

1. Do conceito político e filosófico ao conceito jurídico das Constituições: dois séculos de crise constitucional

O problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições. Concebidas as Constituições numa dimensão histórica, como cumpre, somente esta ilumina e revela a essência de seus instintos básicos, bem como a finalidade suprema que buscam.

A *teoria* das Constituições, produto da razão humana, ou seja, de reflexões racionalistas acerca de um modelo lógico de organização política da Sociedade, conduziu à elaboração de uma primeira camada de Constituições, de acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista.

Essas Constituições rígidas traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da Sociedade burguesa e individualista. Aliás, a rigidez só se explica como produto de semelhante desconfiança. Isto naturalmente na medida em que, protegendo a liberdade e os direitos humanos, ou aspirando à permanência, ela embargava a subitaneidade da mudança e da reforma constitucional.

BIBLIOTECA PUC MINAS CONTAGEM

A Constituição veio a exteriorizar-se, pois, num instrumento escrito, adquirindo aspecto formal. O caráter de rigidez há sido em alguns Estados o seu traço mais simbólico. Derivado fundamentalmente de uma reação ao poder absoluto, o modelo das Constituições rígidas não só racionalizou como também institucionalizou a filosofia de antagonismo ao poder e ao Estado, representando uma Sociedade que a Constituição *despolitizara* quase por inteiro, em afirmação e honra de postulados liberais. Cavou-se portanto entre a Sociedade e o Estado um profundo fosso, a saber, uma rigorosa e nítida separação de conceitos.

A Constituição que emerge da fase contra-absolutista se apresenta qual conceito político e filosófico. Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais, tomou ele definida e nítida feição jurídica, espelhando o Estado de direito, apanágio do século XIX e da ideologia burguesa de superação do absolutismo.

Quando Robespierre afirmou que a Declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos, estava ele a exprimir com exemplar clareza e correção a filosofia de que vem impregnada toda a substância e conteúdo das disposições constitucionais.

A) O caráter político das Declarações de Direitos e dos Preâmbulos

A ideologia constitucional se concentra, pois, nas Declarações de Direitos e nos Preâmbulos.

As Declarações têm primeiro a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária do que de um documento verdadeiramente jurídico. São cartas de princípios, com inspiração antiabsolutista, anti-restauradora, anexas ao texto constitucional propriamente dito, do qual às vezes se acham desmembrados, embora sejam parte também da Constituição. A doutrina francesa não raro lhes negou valor jurídico, atribuindo-lhes importância primacialmente política.

Essa doutrina, elaborada já no século XX por publicistas como Esmein, Hauriou e Carré de Malberg, distingue o valor *político* das declarações do valor *jurídico* das garantias dos Direitos. As primeiras, sem caráter normativo; as segundas, como parte positiva do texto constitucional, "disciplinando direitos públicos subjetivos constitucionalmente garantidos".[1]

1. Pietro Virga, "Origene, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali", in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 3 (1), p. 244. Veja-se também Carré de Malberg: "Ao contrário das garantias de direitos, que se acham incorporadas na própria Constituição, e que, ao revés, não apresentam elas mesmas utilidade jurídica positiva senão na medida em que determinam com precisão a extensão e as condições de exercício do direito individual assegurado, a Declaração de 1789, assim como já se observou com freqüência, não é em rigor uma declaração de direitos, mas tão-somente uma declaração de princípios: ela não formula regras jurídicas, que sejam suscetíveis de aplicação prática pelo juiz, não coloca os cidadãos em condições de fazer valer perante os tribunais esta ou aquela faculdade individual claramente delimitada" (Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, II, p. 582). No mesmo sentido, Esmein: "As *declarações de direitos* emanam pois de corpos que possuem uma autoridade legal e até soberana, de assembléias constituintes; mas não constituem artigos de leis precisos e executórios. São pura e simplesmente *declarações de princípios*, e até aí jamais se vira algo de semelhante" (Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel*, 7ª ed., pp. 553/554).

A posição de Burdeau é de compromisso tocante à jurisdicidade das Declarações de Direitos. "Para uns, diz ele, as declarações são unicamente a enunciação de verdades filosóficas, desprovidas de autoridade jurídica; podem inspirar o legislador, mas não obrigam o juiz. Para outros, ao contrário, teriam elas valor de lei e até de lei constitucional e poderiam, por conseqüência, ser sancionadas em caso de violação". Depois de reconhecer a existência dessas duas correntes opostas, Burdeau distingue nas Declarações de Direitos duas categorias de normas ou disposições: umas, de aplicabilidade imediata, que enunciam regras de direito positivo, como a do art. 10 (refere-se ele à Constituição francesa), estatuindo que ninguém será molestado em razão de suas opiniões, outras desprovidas da força cogente "própria do direito positivo", como aquelas que "determinam o finalismo da instituição estatal, fixando um programa ao legislador" (a que enuncia o direito ao trabalho, conforme ele exemplifica). Veja-se George Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 16ª ed., p. 73.

A corrente de publicistas presos a esse entendimento reduziu conseqüentemente sua visão interpretativa das Declarações à identificação nelas de um mero conjunto de princípios gerais e abstratos, desprovidos de natureza jurídica, sem eficácia vinculante, de aplicabilidade duvidosa ou impossível; princípios meramente éticos, aptos quando muito a inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, mas de modo algum idôneos a obrigar os cidadãos ou órgãos estatais.

O mesmo aconteceu com os Preâmbulos. Também eles, nessa concepção que parece corresponder ao período mais agudo de efervescência liberal contra as instituições do passado absolutista e sua forma de organização política e social, se assemelham primeiro a textos de literatura moral, religiosa ou filosófica, do que a verdadeiras leis portadoras de normas jurídicas vinculantes.

Tamanha a ineficácia dos Preâmbulos que Orlando via neles o lugar onde cabiam "todas as normas não acionáveis da Constituição", conforme lembra um jurista italiano.[2]

2. Pietro Virga, ob. cit., p. 244.

B) A segunda fase constitucional das Cartas liberais

À elaboração política das Constituições e à sustentação doutrinária dos dogmas constitucionais, sucedeu porém uma análise mais paciente e construtiva de exegetas volvidos preponderantemente para a definição e reconhecimento do teor jurídico das novas Cartas.

A parte material das regras constitucionais, após a absorção e positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa, se apresentava teoricamente estável, em virtude da ausência de combates, antagonismos e tensões na operação constituinte, circunstância que facilitou bastante a tarefa de produzir uma Constituição de filosofia e postulados políticos harmônicos. Isso em razão também da homogeneidade do corpo representativo, recrutado mediante técnicas de sufrágio restrito, que conferiam ao elemento burguês privilegiado a hegemonia no exercício do poder constituinte.

A aristocracia e a realeza, forças do passado, ideologicamente desarmadas e vencidas, se tornaram secundárias, fadadas ao declínio. De sorte que o espírito da Constituição não podia pertencer-lhes como depois no século XX não fora possível, após as Constituições socialistas, fazê-lo pertencer à sociedade burguesa, cujos fundamentos de classe haviam sido aluídos por uma ideologia que decretava o fim dessa modalidade de organização social.

Explica-se assim logicamente a harmonia e uniformidade das Constituições burguesas do primitivo Estado liberal, bem como das Constituições socialistas do século XX, que reproduzem o fenômeno, com mais perfeição, por haverem, graças ao radicalismo de sua intervenção, abolido as tensões da antiga sociedade de classes, eliminando, com a nova forma social estabelecida, o foco permanente de contradições internas mais agudas e ostensivas, donde aliás emergiu no ocidente o Estado social burguês.

Fórmula de compromisso, esse Estado se define constitucionalmente pela índole programática das disposições de princípio dos textos constitucionais que engendrou, objeto logo mais de minudente exame. Disso deriva a extrema heterogeneidade e conseqüente precariedade que pelo menos em sua fase inicial costumavam estampar as primeiras Constituições do Estado social.

Tornemos porém ao segundo momento constitucional das Cartas liberais. A brevidade dos seus textos impressiona, mas talvez haja para isso uma razão plausível. Frente aos frouxos códigos constitucionais do século XX, que já nos fazem suscitar o problema da corrupção e decadência das Constituições, por obra de um racionalismo tecnocrático, onde primeiro se degrada a lei, depois a Constituição – sendo o fenômeno mais intenso nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos – não é de admirar sejam elas agora ordinariamente lembradas como padrões técnicos de concisão.

Em verdade, porém, a brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência anticoletivista. À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade.

Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.

Decretada a supremacia do princípio representativo, toda a legislação material do liberalismo era deferida aos órgãos da representação nacional, de modo que o Estado de direito da concepção liberal procedia juridicamente das Constituições, podendo os juristas, tranqüila e confortavelmente, reputar a Constituição uma lei, pelo menos nessa fase. Os direitos fundamentais como direitos individuais haviam perdido sua natureza meramente programática, natureza, aliás, de que os publicistas do século XX não tomaram exata consciência e que fora típica das primeiras Declarações de Direitos. Não puderam assim penetrar o corpo das Constituições na qualidade de categorias jurídicas perfeitamente definidas, com reconhecida e proclamada eficácia normativa.

Aos preâmbulos teóricos e passionais das Constituições revolucionárias de fins do século XVIII e às suas Declarações de Direito vazadas numa linguagem em que a nova Sociedade declarava guerra às instituições do passado, sucedeu, menos de meio século depois, em plena fase de consolidação das instituições liberais, uma Constituição exemplar: a célebre Constituição belga de 1832. Sua importância básica na construção jurídica do modelo liberal há sido merecidamente louvada por distintos publicistas.

Um deles, abalizado constitucionalista, diz que ela representou para o século passado aquilo que a Constituição de Weimar representa para o século XX.[3] A comparação é de todo o ponto justa se quisermos assinalar tão-somente a importância que tiveram, como espelho para as Constituições subseqüentes, consubstanciando um período inteiro de evolução constitucional.

Mas ao nosso ver o cotejo teria sido mais feliz se houvesse tomado por termo de analogia as Constituições revolucionárias do século XVIII, e não a Constituição belga, porquanto os dois modelos – o oitocentista e o weimariano – guardam esse traço comum: ambos enunciam de maneira programática os princípios fundamentais de um nova ordem constitucional; o do século XVIII, o Estado liberal, vitorioso pelos caminhos da Revolução; o de Weimar, o Estado social, em gestação, que aspirava também ao triunfo, mas pelas vias de compromisso.

A Constituição belga de 1832 é, todavia, documento constitucional de culminante importância: resume a plenitude *jurídica* de instituições que entraram na História debaixo de designação de Estado de direito. Se houve exagero de quem a batizou com o epíteto de "mãe das Constituições", não cometeria excesso, porém, quem a reputasse a Constituição por excelência do Estado liberal e de sua estrutura jurídica.

Aparece assim essa Constituição qual coroamento na *caracterização jurídica* dos princípios constitucionais. O constituinte belga deu passos de importância capital, excelentemente assinalados por Virga: em primeiro lugar, transfundiu as Declarações de Direitos em artigo da Constituição, com sua inserção direta no texto constitucional ao qual costumavam vir apensas; a seguir, também precursoramente, fê-las engendrar direitos públicos subjetivos tornando possível transformar os direitos da liberdade em direitos positivos e acionáveis. Acrescentou pois à *subjetivação* o elemento de *positivação*, de sorte que das Declarações avulsas se transitou para as Declarações concretas de direitos, contidas no âmbito da Constituição mesma.[4]

Desde aí o conceito *jurídico* de Constituição, ou seja, o conceito da Constituição como lei ou conjunto de leis aparece em substituição do conceito *político* ou pelo menos como alternativa teórica e doutrinária para este último.

Se as Constituições houvessem contudo interrompido a sua progressiva continuidade no modelo liberal, a eficácia de suas normas não teria

3. Pietro Virga, ob. cit., p. 248.

4. Pietro Virga, ob. cit., pp. 246/247.

sido objeto de profundo abalo, conforme aconteceu este século. Todo o sistema constitucional, que a ciência jurídica do século XIX fizera aparentemente sólido, entrou em crise e colapso. Ao divórcio entre o Estado e a Sociedade, sucedeu o novo e imprevisto quadro de absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, a *politização* de toda a Sociedade, pondo termo àquele dualismo clássico, àquela antinomia, bastante típica da idade liberal e das instituições que o individualismo produziu no século passado.[5]

C) A crise constitucional do Estado liberal e a Constituição de Weimar

O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se volvem basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja conseqüência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão.

As contradições dialéticas, o furor e antagonismo das posições ideológicas presidem, por conseguinte, à elaboração das novas Declarações, fazem-lhe polêmico o conteúdo, embargam, dificultam ou retardam sua "normativização". Tornam-se elas assim obscuras, equívocas, contraditórias. A incongruência, a heterogeneidade, a hibridez são traços que nessa fase as caracterizam. Exprimem, de princípio, um estado de indefinição, transitoriedade e compromisso. O consenso em consentir na divergência talvez seja a única virtude dessas Declarações, mas não será nunca alicerce para um começo de construção.

Os direitos fundamentais como direitos clássicos da liberdade foram gerados por uma Sociedade que detinha o monopólio ideológico dos princípios a serem gravados nas Declarações de Direitos, ou seja, nas Constituições. Não tinha ainda a Sociedade burguesa um credo político contestado; emergia ela de um triunfo de idéias sobre a realeza de direito divino e as antigas ordens privilegiadas. Por isso mesmo podia lavrar a sua Constituição, a Constituição dos liberais.

As primeiras Constituições, marcando conseqüentemente o advento do liberalismo, não foram em rigor no plano teórico (ou antes ideológico)

5. O dualismo Estado-Sociedade caracterizou-se como separação típica, inerente ao Estado liberal do século XIX.

um compromisso instável, senão, ao contrário, a exata e solene expressão de teses consagradas. De modo que, visceralmente liberais, essas Constituições se apresentavam tão estáveis do ponto de vista político quanto estáveis eram, pelo aspecto igualmente político e de coerência ideológica, as Constituições socialistas.

A *instabilidade* e o *compromisso* marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar.

D) Com a programaticidade entra porém em crise o conceito "jurídico" de Constituição

Ali desaguaram com todo o ímpeto as correntes políticas mais radicais. Quase todo o edifício jurídico das Constituições liberais erguido durante o século XIX veio abaixo. A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais volveu à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda.

O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.

Quando as Constituições do liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da *programaticidade* com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja "jurídica", e não "programática", isto é, sem positividade.

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal, conforme ponderou Virga com penetrante acuidade.[6]

Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subseqüente à Primeira Grande Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.

A queda do grau de *juridicidade* das Constituições nessa fase de anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições.[7] O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima.[8] E o lembra, como estamos

6. Pietro Virga, ob. cit., p. 247.

7. Com respeito ao art. 164 da Constituição de Weimar, que prescrevia uma legislação de estímulo e proteção à independente classe média da lavoura, da indústria e do comércio, dizia Sinzheimer na Comissão de Constituição que se tratava de um manifesto, cujo lugar mais adequado era numa plataforma eleitoral e não numa Constituição ("die eigentlich nicht in eine Verfassung hineingehört sondern in ein Wahlprogramm"). Veja-se Carl Schmitt, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, v. 2, p. 583, bem como Ernst Rudolf Huber, "Bedeutungswandel der Grundrechte", in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, N. F. 23, fasc. 1, p. 1.

8. A Constituição francesa de 1795 e a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (a Constituição de Weimar) são os dois pólos históricos e ideológicos da pro-

vendo, precisamente pelo fato de que deixa de ser em primeiro lugar *jurídico* para se tornar preponderantemente *político*.

O retorno à programaticidade empalidece tudo quanto dantes se conhecera em matéria de abstração constitucional, porquanto o conteúdo normativo sobre que incidem as máximas programáticas no constitucionalismo do século XX tem uma vastidão abrangedora de toda a esfera material da Sociedade. Esse campo, o da Sociedade, o Estado liberal – atado a uma tradição que apenas declarava, com sabor de arte literária e não de ciência jurídica, os direitos invioláveis do homem e do cidadão – deixara quase intacto, o que evidentemente não aconteceu com o Estado social. O panfleto de Lassalle sobre a essência das constituições desfere a crítica teórica mais lacerante que já se fez sobre a eficácia das normas exaradas nas Constituições rígidas e formais.

À Constituição folha de papel do racionalismo, contrapôs Lassalle a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam, frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível cujas águas o formalismo é impotente para represar, sendo ela, em última análise, a corrente que arrasta em seu curso a História e as instituições, arruinando os fundamentos do edifício constitucional clássico.

Por essa via, chega-se, afinal, à Constituição portadora de uma determinada concepção de vida ou de um determinado sistema de valores, exprimindo componentes espirituais de uma realidade cultural: é o conceito de Constituição formulado por Smend. Independentemente de toda valoração positiva, não vê ele outro sentido senão aquele nas proposições constitucionais.[9]

gramaticidade no constitucionalismo dos sistemas políticos ocidentais; a primeira, protótipo do Estado liberal (sobretudo em sua primeira fase); a segunda, do Estado social, quando este se estréia como forma ou modelo institucional. Ambas, estuário de todas as esperanças doutrinárias de uma época: a primeira, refletindo o trunfo da Sociedade sobre o Estado, a segunda, o do Estado sobre a Sociedade ou pelo menos a sua já esboçada superioridade e preponderância.

Da Constituição de 1795, disse Lorenz von Stein que "seu caráter consistia em não representar nada, mas tudo admitir", ao passo que da Constituição de Weimar também se afirmou – é o caso de Kirchnheimer e Schmitt – haver ela se contentado de colocar lado a lado, para livre escolha, os mais diferentes sistemas de valores, abrindo assim caminho e oportunidade à concretização de todos os fins imagináveis (Carl Schmitt, ob. cit., p. 582).

9. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Munique, 1928), p. 164. No mesmo sentido Dueringer, quando se reportava à segunda parte principal da Constituição de Weimar, da qual fora um dos artífices: "Produto da presente cultura

É claro que esses valores podem apresentar-se renitentes à normatividade formal estabelecida pelos autores de uma Constituição. A perspectiva aberta por Smend se, de uma parte, ilumina a tarefa constituinte, compelindo os redatores e revisores de textos constitucionais a reflexões profundas e responsáveis na elaboração dos sistemas normativos, de modo que estes não se divorciem das aspirações mais sentidas de uma consciência espiritual e coletiva esteada em valores, da qual devem ser os intérpretes necessários e fiéis, doutra parte se expõe obviamente a afrouxar na doutrina constitucional o caráter jurídico das Constituições, com graves deformações ou retrocessos teóricos de negativa repercussão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

Essa tendência doutrinária, a pretexto de fazer pois a Constituição acorde com a vida, a realidade, os valores e, por conseguinte, mais próxima de sua essência, se conduzida a pontos extremos, o que em verdade logra, é menos o reforço de legitimidade da ordem constitucional a que se propôs do que o quebrantamento e erosão dos alicerces jurídicos dessa mesma ordem, acarretando assim danos à eficácia e positivação da norma suprema.

Exemplo típico de uma doutrina constitucional desse teor, já felizmente ultrapassada, é-nos ministrado por Villari na Itália. Entende esse constitucionalista que a Constituição formal não é *lei*, não é manifestação de vontade, mas "ato recognitivo de um fato", tendo sua força obrigatória caráter e fundamento exclusivamente *políticos*.

A eficácia jurídica, ou seja, a vigência que lhe é conferida deriva, segundo ele, apenas de sua coincidência com a Constituição permanente, a Constituição de fato, a única vigente por si mesma, a saber, dotada de força cogente própria, que falta à Constituição escrita e formal. Só no âmbito dessa coincidência seria lícito, segundo a tese daquele jurista, falar em normas preceptivas ou em obrigatoriedade das regras constitucionais. Fora daí, toda a normatividade no quadro da Constituição formal tomaria feição diretiva ou programática.

Em suma, não seria homogênea a natureza das normas contidas na Constituição, possuindo natureza jurídica unicamente, conforme já assinalamos, as que coincidissem com a Constituição material.[10]

jurídica alemã e ao mesmo passo em muitos aspectos um programa de futuro desdobramento do Direito, eis como deve ela ser considerada". A citação dessa passagem já célebre aparece em Carl Schmitt, ob. cit., p. 581.

10. Paolo Barile e Alberto Predieri, "Efficacia abrogante delle norme della Costituzione", in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, Piero Calamandrei e Alessando Levi (orgs.), v. 1, p. 70.

A tese da natureza não *legislativa* da Constituição, salvo raríssimas exceções, parece prosperar tão-somente nos países de Constituição flexível, em virtude da ausência aí de distinção formal entre a lei constitucional e a lei ordinária, ao passo que nos sistemas constitucionais rígidos se faz mister repeli-la energicamente, porquanto neles o critério material de constitucionalidade não basta para caracterizar as normas da Constituição.

E) A normatividade das Constituições do Estado social e o caráter jurídico das normas programáticas

O problema do constitucionalismo contemporâneo, no presente quadro interpretativo das flutuações doutrinárias sobre o caráter de normatividade das Constituições, se concentra principalmente em determinar o caráter *jurídico* ou não das normas programáticas e sobretudo o grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição.

O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, conforme vimos, a primeira grande abertura para os direitos sociais.

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo. Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa ferir, a corrente de idéias mais idôneas no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas.

Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza *jurídica* da Constituição, ocorrendo em conseqüência a quebra de sua unidade normativa. Não há numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente.[11]

11. Com efeito, escreve Rui: "Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem" (Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, II, p. 489).

O Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais.[12]

Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.

É óbvio que o problema de limitar poderes e competências a um instrumento constitucional não se resolve declarando apenas a juridicidade de seu conteúdo. Haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, decidindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é política. A programaticidade traz a sua presença tanto quanto possível para dentro da Constituição, em ordem a apagar o funesto dualismo que gravita ao redor da suposta incompatibilidade dos fundamentos políticos com os fundamentos jurídicos da Constituição.

Afigura-se-nos que a compreensão correta das normas programáticas como *normas jurídicas* contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito *jurídico* e o conceito *político* de Constituição.

2. *A classificação das normas constitucionais e os distintos critérios classificatórios*

A classificação das normas constitucionais pertence à esfera dos temas reticentes: os compêndios de Direito Constitucional geralmente

12. Hoje, como disse Huber, o "Estado-Constituição" (*Verfassungstaat*), que substitui o "Estado-Legislação" (*Gesetzgebungstaat*), do modelo clássico, é aquele que faz presumir a existência de uma Constituição imediatamente eficaz e aplicável, ou seja, de caráter e conteúdo jurídico e não programático, na medida em que o programático possa significar, para as Constituições, como já significou e ainda significa no pensamento de alguns juristas, ausência de juridicidade. Entendia aquele constitucionalista que as normas programáticas não só criavam limites ao legislador, como estatuíam para a Justiça e a Administração o sentido em que a Constituição devia ser compreendida e interpretada (Ernst Rudolf Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, ob. cit., p. 12).

evitam tratar da matéria, ignorando-a pelo silêncio. No entanto, raros assuntos dessa disciplina têm importância tão fundamental para conduzir-nos à compreensão exata da essência de uma Constituição quanto o que se refere à natureza e eficácia das normas constitucionais.

Os constitucionalistas italianos, escorados na jurisprudência e na doutrina, costumam repartir as normas constitucionais em duas categorias básicas: normas programáticas ou diretivas e normas preceptivas.

A sobredita separação só deve ser acolhida nos sistemas de Constituição rígida, que é a de que nos ocupamos, com a ressalva porém de não haver norma privada de eficácia. Todas as normas contidas na Constituição rígida são jurídicas, sendo jurídicas são também preceptivas, por via de conseqüência.

O contraste da classificação italiana de normas programáticas frente a normas preceptivas padece o grave defeito de inculcar à primeira vista que só as segundas são dotadas de eficácia vinculante.

Em conseqüência, as primeiras, não dispondo de verdadeiro valor normativo, conforme um falso entendimento teórico, acabariam reduzidas a simples noções, idôneas para exprimir a filosofia do poder, não propriamente o fundamento jurídico da ordem constitucional. Uma diferença portanto das normas constitucionais com base na eficácia ou ineficácia das proposições normativas, tendo as programáticas por ineficazes, quando muito se admitiria no sistema das Constituições flexíveis.

Como não é possível fazê-lo nos sistemas de rigidez constitucional, melhor fora, portanto, distinguir as normas da Constituição em normas programáticas e não programáticas, uma redução mais simples e menos sujeita a objeções terminológicas, pelo menos enquanto não descobrimos um termo mais adequado para estas últimas e suas variantes, e que possa assim pôr termo à manifesta ambigüidade da classificação italiana.

Com efeito, reconhecida a preceptividade da norma programática, ou seja, a sua eficácia jurídica, a grande dificuldade, que até agora não se pôde transpor a contento, continua sendo tão-somente a de achar um nome idôneo com que designar as chamadas normas preceptivas.

Aliás, a doutrina constitucional italiana não se arreda a esse respeito, salvo na nomenclatura, da divisão clássica de inspiração americana, que distinguia as provisões constitucionais em cláusulas diretivas e cláusulas mandatórias. Mas não se pode deixar de reconhecer que procedem da Itália, nestes últimos trinta anos, os estudos mais completos e profundos tocante à determinação da natureza e eficácia das normas constitucionais.

Por obra desses estudos a natureza da norma programática se tornou mais conhecida, ao mesmo passo que entre as normas não programáticas, a análise teórica da Constituição logrou discernir com clareza as duas variantes principais que elas abrangem, a saber: as normas de eficácia imediata e as normas de eficácia diferida.

Recorreram os juristas italianos a vários critérios com que fundamentar a distinção básica entre normas programáticas e normas não programáticas: o do destinatário, o do objeto e o da natureza da norma.[13]

Quanto ao *destinatário*, seriam programáticas as normas dirigidas ao legislador e preceptivas ou não programáticas aquelas endereçadas aos cidadãos e ao juiz. São partidários da teoria do destinatário constitucionalistas como Battaglini, Guarnera, Amorth e Lavagna na Itália, conforme referem Barile e Pierandrei.[14]

Quanto ao *objeto* da norma, as programáticas são aquelas que têm eficácia sobre os comportamentos estatais e preceptivas ou não programáticas aquelas que recaem sobre relações privadas.

Finalmente, respeitante à *natureza da norma*, as programáticas se caracterizariam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição (normas incompletas que demandam operações integrativas), e as preceptivas ou não programáticas por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontrastável juridicidade.

3. *O problema do destinatário das normas constitucionais*

A crítica não tem poupado reparos aos critérios que acabamos de expor. Os mais combatidos são os dois primeiros, que aliás ostentam uma identidade substancial, conforme observação de alguns juristas.[15] As principais objeções concernentes ao *destinatário* das normas se fundamentam sobretudo em argumentos de Kelsen e Santi Romano, cujas posições, sem embargo de seu teor divergente, coincidem como refutação doutrinária daquela tese.

A discrepância de Kelsen assenta decisivamente na rejeição da doutrina que define a norma jurídica tão-somente pelo seu caráter imperativo,

13. Consulte-se Giuseppe Cassoni, "Norme programmatiche e norme precettive nella nuova Costituzione, nelle discussioni e nella giurisprudenza del quinquennio", p. 98.

14. Paolo Barile e Alberto Pierandrei, ob. cit., p. 75.

15. G. Cassoni, ob. cit., p. 98, e S. de Fina, "Natura ed efficacia delle norme costituzionali", in *Foro It.*, IV, p. 34.

tomada essa imperatividade numa acepção bastante estrita e equívoca, pois, em verdade, segundo ele, a norma é primeiro um *juízo hipotético*, e conseqüentemente "não comanda, mas se limita a descrever certos efeitos jurídicos que se prendem a determinadas espécies, de sorte que nesta sua função descritiva se dirige a todos, sem dirigir-se a ninguém em particular".[16]

A posição mais singular e radical se nos depara porém em Santi Romano, ao declarar que o problema do destinatário das normas é um "falso problema": o ordenamento jurídico não tem destinatários; se o problema até agora permaneceu insolúvel é porque não existe e não pode ser suscitado.[17]

Combate ele portanto as concepções imperativistas e voluntaristas da norma jurídica, às quais atribui o erro trazido pela formulação do pseudoproblema do destinatário. Declara do mesmo passo supérfluo recordar a larga variedade de opiniões, todas diminutamente persuasivas, que reputam destinatários das normas jurídicas a autoridade a quem incumbe aplicá-las ou tutelá-las ou também essa autoridade, a par igualmente das pessoas que devem observá-las ou delas se valerem.[18]

Sua crítica à noção de destinatário prossegue com a assertiva de que ainda admitindo, conforme a teoria tradicional, seja o ordenamento jurídico composto exclusivamente de normas, nem por isso seria ele integralmente e sempre um *ius voluntarium*, com destinatários conhecidos e determinados.[19] Isto em virtude do costume que, segundo Santi Romano, configura a existência ou presença de um *ius involuntarium*. Aliás a réplica das doutrinas voluntaristas se manifesta impotente, segundo ele, para desconhecer ou alterar essa realidade dos ordenamentos jurídicos, ainda quando têm recurso ao argumento de que o costume é manifestação tácita de vontade.[20]

Demais, pondera o insigne jurista, haveria ainda uma categoria de pessoas que não poderiam ser destinatários das normas jurídicas, tais os incapazes e irresponsáveis.[21]

16. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 49, e *Hauptprobleme der Staatslehre*, p. 379.

17. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pp. 138/144 e Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, pp. 47 a 52.

18. Santi Romano, ob. cit., p. 135.

19. Santi Romano, ob. cit., p. 138.

20. Santi Romano, ob. cit., p. 138.

21. Santi Romano, ob. cit., p. 138.

A conclusão que se tira das profundas reflexões críticas de Santi Romano é que ele proclama a unidade mais ou menos compacta do ordenamento jurídico e a íntima conexão que se estabelece entre as distintas normas, de modo a não consentir se possa isolar de modo completo nenhuma delas, donde a inteira impossibilidade de especificar-lhe os destinatários.[22]

4. As diversas classificações elaboradas pela doutrina

Os constitucionalistas do Estado liberal não se tendo defrontado com o problema da juridicidade das normas programáticas, que hoje compõem o substrato mais importante das Constituições do século XX, aparentemente não se viram compelidos a reflexões profundas com que formular um esquema classificatório das normas constitucionais.

Da teoria clássica, nomeadamente dos autores americanos, resultou simplesmente uma dicotomia precursora, indicativa de que pelo menos o tema não foi estranho aos juristas mais abalizados. Distinguiram, pois, os constitucionalistas americanos as disposições constitucionais em auto-aplicáveis ou auto-executáveis (*self executing provisions*) e não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis (*not self executing provisions*).

A distinção teve bastante voga sem contudo ter sido objeto de análises acuradas, que acerca do tema só se fizeram na segunda metade do século XX. Lograram aliás algumas conseqüências teóricas bastante expressivas, conforme temos visto. Rui Barbosa não ignorou o assunto, tanto que escreveu: "Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são". Conclui ele com a citação de um julgado americano: "A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos".[23]

Ainda em Pontes de Miranda, a distinção também subsiste nos moldes clássicos: "Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua inci-

22. Santi Romano, "Osservazioni sull'Efficacia della Lege", in *Riv. It. di Scienze Giur.*, 1, pp. 72 e ss.

23. Rui Barbosa, ob. cit., p. 488.

dência, diz-se bastante em si, *self executing*, *self acting*, *self enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não-bastante em si".[24]

Vejamos agora a principal fonte americana dessa dicotomia da norma constitucional. Aparece-nos ela nas *Limitações Constitucionais* de Cooley: "Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei".[25]

Mais modernamente Anschuetz, ao interpretar os documentos constitucionais da Prússia e os princípios que os regiam, chegou a uma tripartição dos direitos fundamentais em que uma das categorias das normas abrangia exatamente disposições de natureza programática da Constituição. Aliás, esse constitucionalista, de modo precursor, já se acercava dos esquemas que de último romperam em definitivo, conforme veremos, com a dicotomia clássica das normas constitucionais.[26]

Dentre as classificações das normas constitucionais, as mais influentes na moderna doutrina são as que se inferem de trabalhos como os de Azzaritti, Crisafulli e Pierandrei. No Brasil temos a esse respeito a importante contribuição do Professor José Afonso da Silva, de que adiante faremos nova menção.

Estabeleceu Azzaritti uma tríplice categoria de normas: as normas diretivas, as normas preceptivas de aplicação direta e imediata e as normas preceptivas de aplicação direta, mas não imediata. Na especificação desse jurista, as normas diretivas correspondem àquelas usualmente denominadas de programáticas, mas não chegam a constituir sequer "verdadeiras normas".[27] Recusa-lhes o constitucionalista, por conseguinte, eficácia jurídica, o bastante para não perfilharmos sua classificação,

24. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, I, p. 126.

25. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 6ª ed., p. 93, pp. 99/100. Servimo-nos da excelente tradução de Rui Barbosa, em *Comentários*, ob. cit., p. 495.

26. G. Anschuetz, *Kommentar zur preussischen Verfassungsurkunde*, 1912, pp. 91 e ss., e *Kommentar z. RV*, 10ª ed., pp. 445 e ss.

27. Azzaritti, "La nuova Costituzione e le leggi anteriori", in *Foro It.*, IV, p. 81, e "Alcune questioni di Diritto Costituzionale", in *Foro It.*, III, p. 138.

mormente quando o que se tem em vista é determinar a natureza normativa das disposições de conteúdo num sistema de Constituição rígida.

Crisafulli se fixa, ao contrário, num esquema mais feliz. Distingue três espécies de normas constitucionais, acima de "toda imprecisão e incerteza de nomenclatura": as normas programáticas, as normas imediatamente preceptivas ou constitutivas e as normas de eficácia diferida. As normas programáticas de Crisafulli, ao contrário das normas diretivas de Azzaritti, têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória, sendo portanto preceptivas e até mesmo imediatamente preceptivas, a seu modo, isto é, "apenas nos confrontos dos órgãos estatais, pelo menos nos do legislador, a quem prescrevem certos comportamentos para a disciplina a ser dada às matérias que constituem seu objeto mediato ou indireto".[28] Sustentando assim a tese de que as normas programáticas propriamente ditas têm *eficácia imediata* sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder discricionário dos órgãos do Estado, abraçou Crisafulli a boa doutrina, da qual se arredara Azzaritti, conforme ponderamos.[29]

A bipartição das normas constitucionais em programáticas e preceptivas, outrora clássica na doutrina, cede lugar cada vez mais, conforme temos visto, aos esquemas de tripartição normativa. Pierandrei fora, por exemplo, inicialmente adepto daquele dualismo elementar e tradicional, distinguindo as normas constitucionais em "constitutivas" (normas de eficácia imediata) e "diretivas-programáticas" (normas de eficácia diferida). Depois, no entanto, alargou e melhorou sua classificação, aderindo aos esquemas de tripartição, de que veio a resultar: normas constitutivas de eficácia imediata, normas constitutivas de eficácia diferida e normas programáticas.[30]

Um dos primeiros juristas no Brasil a formular uma classificação própria e autônoma das normas constitucionais foi o Professor José Afonso da Silva, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em sua brilhante monografia intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, estuda ele exaustivamente o tema, criticando a fundo vários critérios classificatórios, até fixar-se na seguinte conclusão, relativa às normas constitucionais, vistas pelo aspecto de sua eficácia e aplicabilidade: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade

28. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, p. 54.

29. V. Crisafulli, ob. cit., p. 104.

30. Pierandrei, in *Giur. It.*, 1949, I, 2, p. 180.

imediata, sujeitas porém a restrição, e normas constitucionais de eficácia ilimitada ou reduzida, estas últimas repartidas em dois grupos ou categorias: as definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático.[31]

5. *As normas constitucionais programáticas*

A face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática. Não resultou fácil contudo na região da doutrina estabelecer-lhe juridicidade normativa.[32]

31. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 253/254. Anterior ao Professor José Afonso da Silva, só conhecemos a contribuição, recentemente revelada e durante muito tempo ignorada, do insigne constitucionalista J. H. Meirelles Teixeira, de São Paulo, já falecido, cuja obra *Curso de Direito Constitucional*, organizada e atualizada por Maria Garcia, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, somente veio a lume em 1991 pela Editora Forense Universitária, com Prefácio de Geraldo Ataliba e Apresentação do Desembargador Domingos Franciulli Neto. Este último escreve que a obra "encerra as aulas de Direito Constitucional, ministradas pelo Prof. José Horácio Meirelles Teixeira aos alunos da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, desde a sua formação até os primeiros anos do decênio de 1960, durante mais de três lustros". E acrescenta: "Guardei as apostilas, compiladas em 1962, como se fossem um verdadeiro tesouro. De há muito acalento o sonho de vê-las publicadas". Leia-se sobre a teoria das normas constitucionais a profunda, exaustiva e excelente análise crítica e classificatória que Meirelles Teixeira fez, com luzes próprias, acerca desse importantíssimo tema. Deu sobre a matéria uma contribuição monumental e precursora, que consta das pp. 285 a 361 do *Curso de Direito Constitucional*, mantido inédito durante várias décadas, e a que só poucos tiveram um acesso privilegiado, por tratar-se de apostilas, conforme vimos.

32. Os constitucionalistas do positivismo, p. ex., haviam intentado separar com rigor o jurídico e o programático. Na doutrina constitucional de inspiração positivista, que prevaleceu até às vésperas da Primeira Grande Guerra Mundial, imperava a dicotomia clássica do sim ou não, a alternativa "direito positivo" ou "programa", sendo as disposições programáticas objeto de ironias e sarcasmos, evidenciando-se esta posição de menosprezo, conforme assinalou Carl Schmitt, até mesmo no vocabulário da época. Reporta-se esse constitucionalista ao rico repertório que inseria abundantes expressões de juízo negativo, quais, p. ex.: mero programa, proclamações, admoestações morais, declarações bem-intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções etc., todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições cuja presença no texto básico parecia servir unicamente para emprestar colorido doutrinário às Constituições.

Dizia ainda o abalizado comentador da Constituição de Weimar nas considerações sobre o conteúdo e importância da segunda parte básica daquele documento que a Teoria do Direito Público, trabalhando com semelhante dicotomia, colocara os direitos fundamentais nessa alternativa: duma parte, reduzidos a "meros programas",

Hoje, porém, já nos acercamos da consolidação desse entendimento. As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política. Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional.

Com efeito, de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição.

A análise histórico-teleológica, que nenhum texto constitucional dispensa e a que não se pode forrar nenhum constitucionalista, é talvez o instrumento interpretativo mais poderoso de que dispõe a hermenêutica das normas constitucionais, sobretudo da norma programática.

Dentre as normas jurídicas, sujeitas todas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, a programática é a que melhor reflete o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na Sociedade, sendo por isso mesmo aquela cujo caráter técnico-jurídico mais fraco e impreciso se mostra. Aliás, um dos constitucionalistas da República de Weimar atentou indiretamente para esse aspecto das normas programáticas, ao asseverar que, em relação ao conteúdo espiritual dos direitos fundamentais, a baixa consistência do significado técnico-jurídico desses direitos faz com que nele se operem mudanças de fundamentos espirituais bem mais rápidas e desimpedidas do que em qualquer outro ramo do Direito Constitucional.[33]

juridicamente irrelevantes; outra, sob a "ressalva da lei", de que resultava tão-somente a delimitação do princípio da legalidade da administração e da legalidade na aplicação das leis (Carl Schmitt, "Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes", in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, ob. cit., pp. 577/585).

33. Veja-se E. R. Huber, ob. cit., pp. 2/3. Escreve ainda Huber sobre direitos fundamentais: "O direito fundamental não pode ser extirpado de suas raízes histórico-espirituais, sem que mude em sua importância jurídica e se acomode às novas condições espirituais nas quais vige" ("Das Grundrecht kann nicht aus seiner geis-

Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas.

As declarações constitucionais, quer quando postas de maneira sistemática, com rigor técnico, quer quando esparsas ou difusas no texto do instrumento constitucional, formam indubitavelmente a categoria mais abstrata e genérica das normas programáticas, aquelas cujo teor aparentemente mais filosófico que jurídico tem provocado tenaz impugnação de alguns constitucionalistas (entre estes, na velha doutrina constitucional francesa, Esmein e Carré de Malberg), obstinados em não reconhecer-lhes natureza e eficácia de prescrições jurídicas.

Essas declarações ou simples princípios, sem valor de norma ou regra de direito, segundo o pensamento exposto por certa corrente de publicistas, se reduziriam assim a regras meramente diretivas, descrevendo pois uma órbita vazia de positividade constitucional. Seriam, por conseguinte, inteiramente distintas daquelas normas que numa Constituição compõem a parte organizativa, ou seja, disciplinam as atribuições dos órgãos estatais, lhe fixam a competência e, do mesmo passo, regulam as recíprocas relações dos distintos poderes. Em verdade, se cingem tão-somente a traçar "as bases diretivas do ordenamento do Estado, caracterizando-o nos seus principais fins jurídicos, políticos e sociais, fins que, por sua vez, determinarão o regime político do Estado".[34]

A crítica que acomete a juridicidade das normas programáticas, conforme refere Carbone, se concentra em três pontos que ela julga extremamente vulneráveis: o fato de as normas programáticas terem por conteúdo princípios implícitos do ordenamento jurídico, a circunstância de enunciarem programas políticos não vinculantes e, finalmente, estamparem fórmula tão genérica, vaga e abstrata, que parecem escapar a toda aplicação positiva.[35]

Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação

tes-geschichtlichen Verwurzelung gelöst werden, ohne sich in seiner juristischen Bedentung zu ändern und an die neuen geistigen Bedingungen, in denen es gilt, anzupassen").

34. Carmelo Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, p. 21.

35. C. Carbone, ob. cit., p. 21.

legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações.

Referindo os raros pontos firmes já logrados pela experiência constitucional, Crisafulli assinala literalmente os três resultados seguintes:

"1. O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso *preceptivas*, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, *pelo menos* aos órgãos legislativos.[36]

"2. O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como conseqüência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.

"3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas."[37]

Quanto às declarações constitucionais, há quem distinga, relativamente a estas, a função limitativa e a função programática, ambas dotadas de eficácia jurídica, máxima nas primeiras, mínima, porém, nas últimas, ou seja, nas programáticas.[38]

A programaticidade comportaria também graus de generalidade, de sorte que a par de uma acepção *stricto sensu* abrangente das normas programáticas propriamente ditas, concorreria por igual uma acepção lata ou genérica dessas normas, compreendendo aqui a grande maioria das normas constitucionais.

Toda norma que se arvore funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli –, é sem dúvida deste ponto de vista, e nessa acepção *também*, programática.[39] Faz ele entrar assim em tal categoria os chamados *princípios gerais*.[40]

36. V. Crisafulli, ob. cit., p. 52.
37. V. Crisafulli, ob. cit., p. 52.
38. P. Virga, ob. cit., p. 263.
39. V. Crisafulli, ob. cit., p. 102.
40. V. Crisafulli, ob. cit., p. 102.

Da norma que funciona como princípio geral, decorre uma série bastante numerosa de normas particulares, ressaltando o sobredito constitucionalista que "a adoção de um princípio geral implica e significa, com efeito, a adoção de uma determinada linha de desenvolvimento da respectiva ordenação jurídica no que tange àquela ordem de relações a que o princípio mesmo se refere".[41]

Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção lata já referida, sendo portanto dotada de eficácia jurídica. Em conseqüência, o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-se-lhe também *eficácia interpretativa* sobre a norma cativa, que não deve contradizer o princípio donde emana.

Quanto às normas programáticas propriamente ditas ou normas programáticas *stricto sensu* são elas as que maior interesse oferecem a uma distinção precisa, pela necessidade de separá-las, com o rigor possível, das chamadas normas "imediatamente preceptivas", de emprego corrente naquilo que a Crisafulli se lhe afigura a viciosa e inadequada terminologia constitucional dos juristas italianos, por ele acremente repreendida.[42]

O conceito de norma programática propriamente dita, oferecido por aquele autor, está vazado em termos bastante lúcidos:

"Nesta acepção, *programáticas* se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes."[43]

41. V. Crisafulli, ob. cit., p. 102.

42. V. Crisafulli, ob. cit., p. 103.

Certa corrente doutrinária no Direito Constitucional entende que entre os traços característicos da norma programática *stricto sensu* está o de não ter ela "imediata aplicação", ao limitar positivamente a futura legislação, contra o ponto de vista de outros que acham que tais normas têm no caso um valor imediatamente preceptivo, posto que limitado aos órgãos do Estado. São dotados de dupla eficácia: a eficácia imediata e a eficácia mediata. Haja vista, de conformidade com essa opinião, a doutrina exarada por Crisafulli: "As normas constitucionais programáticas, como se viu, não regulam diretamente as matérias a que se referem, mas regulam propriamente a atividade estatal concernente a ditas matérias: têm por objeto imediato os comportamentos estatais e só mediatamente e por assim dizer, em segundo grau, aquelas determinadas matérias".[44]

As normas programáticas *lato sensu*, como os princípios gerais e também os princípios constitucionais, "dirigidos a direta e imediata disciplina de certas matérias", ou destinados a disciplinar "desde o início e de modo direto, determinadas relações", entram na categoria das normas de eficácia imediata ou seja, das "normas imediatamente preceptivas". Ostentam por igual uma dupla eficácia na medida em que servem também de regra vinculativa de uma legislação futura sobre o mesmo objeto.[45]

Criticando a natureza das normas programáticas, Pierandrei acha que elas se restringem a estabelecer ou fixar os pressupostos da evolução do Estado. São normas que contemplam programas de comportamentos ou séries de comportamentos, vinculando o legislador, seu destinatário, o qual, se quiser legislar, não poderá ignorá-las. É de parecer todavia que elas não estabelecem princípios específicos, não fundam institutos, nem determinam com clareza as bases de certas relações jurídicas.[46]

Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor me-

43. V. Crisafulli, ob. cit., p. 104.

44. V. Crisafulli, ob. cit., p. 75. Das normas programáticas *stricto sensu* são excluídas, segundo Crisafulli: as normas organizativas do poder, as normas que disciplinam relações entre os cidadãos e as normas que regulam relações entre sujeitos externos à pessoa estatal (Crisafulli, ob. cit., p. 108).

45. V. Crisafulli, ob. cit., p. 91.

46. Pierandrei, in *Giur. It.*, I, 2, p. 180 1949, *apud* Silvio de Fina, ob. cit., pp. 31/32.

ramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária.[47]

6. *As normas constitucionais imediatamente preceptivas*

Entre as normas programáticas propriamente ditas, programáticas *stricto sensu* ou exclusivamente programáticas de uma parte – a saber, aquelas cujo fim "é provocar uma sucessiva atividade legislativa que venha disciplinar uma certa matéria em sentido conforme com aquilo que ela dispôs, fazendo-o quase sempre em linhas gerais"[48] – e doutra parte, as normas de eficácia diferida, que breve examinaremos, a moderna doutrina constitucional reconhece também a existência, conforme já vimos das classificações antecedentes, de uma categoria distinta de normas: as imediatamente preceptivas ou de eficácia direta.

Nos esquemas modernos, se não correspondem, ao menos lembram elas, pela linguagem e pela incontrastável normatividade de seu caráter jurídico, as antigas *mandatory provisions* do Direito Constitucional clássico, de inspiração americana, opostas às *directory provisions*, hoje denominadas programáticas.

As normas imediatamente preceptivas, sendo de mais fácil reconhecimento e determinação conceitual, não oferecem, por conseguinte, aspectos tão problemáticos, relativamente à sua aplicabilidade, quanto aqueles que afligem a análise teórica com referência às normas programáticas.

47. A questão da positividade das normas programáticas é tão importante que conduz não raro a perplexidades ou paradoxos, como aqueles referidos por Carl Schmitt com respeito aos Direitos Fundamentais, onde a programaticidade das Constituições sempre teve uma de suas moradas certas. Diz ele que quanto mais fundamental o direito da liberdade mais fraco e inerme se revelará, enquanto, ao revés, disposições de teor material secundário, periférico e fortuito, lograrão altíssima eficácia e o mais subido e sacrossanto caráter de direito fundamental (reportava-se Schmitt à Constituição de Weimar e ao povo alemão) com graves danos para o sistema e o princípio central de uma Constituição, posta assim de cabeça para baixo, em matéria de direitos fundamentais (Carl Schmitt, ob. cit., p. 604). Geralmente, acontece isso também com as normas programáticas, as quais, quando se lhes recusa juridicidade, se convertem em elementos com que facilmente se pode corromper e desintegrar a ordem constitucional, após a desvalorização e o desprestígio da Constituição.

48. V. Crisafulli, ob. cit., p. 92.

Normas imediatamente preceptivas são, portanto, "no sentido corrente e convencional da expressão", como afirma um dos mais abalizados constitucionalistas que versaram o tema da eficácia das normas constitucionais, aquelas que diretamente "regulam relações entre cidadãos, e entre o Estado e os cidadãos".[49]

Em resumo, a programaticidade das Constituições será contudo um mal se não servir também ao Direito, se não for para o Poder um instrumento de racionalização e eficácia governativa, se não vier embebida de juridicidade, se não representar aquele espaço onde o espírito da Constituição elege o seu domicílio e se aloja, mas, ao contrário, venha a transformar-se nos Estados de constitucionalismo débil e apagada tradição jurídica em cômodo asilo das mais rudes transgressões constitucionais. A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de direito. Fora da Constituição haverá lugar para tudo, menos para uma ordem jurídica assentada na legalidade e legitimidade do Poder, segundo os critérios da sociedade democrática, inspirada nos valores ocidentais.

7. *As normas constitucionais de eficácia diferida*

A reflexão teórica extraiu da análise às normas constitucionais uma terceira categoria – a das normas de eficácia diferida –, cuja caracterização autônoma representa, sem dúvida, significativo passo no sentido de afastar dificuldades e equívocos que anuviam a compreensão das disposições programáticas da Constituição.

Os dois conceitos, embora confinantes e por vezes obscuros, ambíguos e colidentes – o de norma programática e o de norma de eficácia diferida – devem, porém, ser demarcados com toda a clareza possível.

A insistência da crítica em mostrar a dificuldade de fazer independentes as duas categorias normativas recai de preferência nesse ponto deveras delicado: o da analogia básica e característica das duas regras, que na prática somente podem desdobrar sua eficácia ou lográ-la em toda a plenitude mediante interveniência legislativa ou administrativa ulterior, requerendo portanto uma indispensável *interpositio auctoritas*, traduzida em leis ou atos de intermediação.[50]

49. V. Crisafulli, ob. cit., p. 107.

50. O caráter "mediato" ou "imediato" de aplicação de uma norma depende unicamente, segundo Carl Schmitt, da respectiva presença ou ausência da *auctoritas*

Acontece porém que tocante às normas não programáticas, a saber, as de eficácia diferida, as exigências de uma legislação posterior que lhes complete a eficácia são de ordem ou natureza meramente técnica e instrumental.

Com as normas programáticas propriamente ditas, isso porém não ocorre, porquanto tal necessidade de uma ulterior normação, decorre, como bem assinalou Crisafulli, de "sua intrínseca natureza jurídica de preceitos dirigidos só aos órgãos legislativos", tendo por isso "caráter logicamente essencial".[51]

A "esfera de eficácia" das duas espécies normativas, cuja latitude no seio da ordem jurídica se prende ao reconhecimento ou determinação de quem sejam os seus destinatários, entra também como elemento importante com que distinguir a norma programática *stricto sensu* da norma não programática, de eficácia diferida. Assim é que se diz que as primeiras têm inicialmente sua eficácia circunscrita apenas aos órgãos legislativos, ou, quando muito, aos órgãos estatais, ao passo que as segundas, desde o primeiro momento, alcançam diretamente tanto o Estado como os cidadãos, enfim toda a coletividade jurídica, seus membros e seus órgãos, indistintamente.

As normas de eficácia diferida trazem já definida, intacta e *regulada pela Constituição* a matéria que lhe serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante atos legislativos de aplicação. Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido *a posteriori* pela autoridade legislativa interposta, como ocorre com as normas programáticas *stricto sensu*.

As normas de eficácia diferida, para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, precisam apenas de meios técnicos ou instrumentais. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade *pode* manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanação de sucessivas normas integrativas.

interpositio, de um "simples" legislador. Aliás, a matéria é para ele do maior interesse, quando se trata de determinar se uma proposição de direito fundamental constitui ou não norma de aplicação direta imediata. Reportando-se à heterogeneidade da segunda parte da Constituição de Weimar, onde se concentravam os direitos fundamentais e que consentia as mais distintas e contraditórias interpretações, asseverava Schmitt, um tanto paradoxalmente, a nosso ver, que uma presunção válida de imediata aplicabilidade da norma constitucional pela autoridade competente significara tão-somente uma afirmação de superioridade da Justiça e da Administração sobre o legislador ordinário (Carl Schmitt, ob. cit., p. 598).

51. V. Crisafulli, ob. cit., p. 47.

Em vários lugares de sua produção doutrinária em matéria constitucional, Crisafulli, já em 1949, forcejava por estabelecer a autonomia dessa categoria de normas, ou seja, a das chamadas normas de eficácia diferida, retirando-lhes o caráter programático. Em alguns pontos o conceito se apresenta depurado com toda a nitidez, como no caso em que ele faz menção de artigos da Constituição italiana (arts. 115 e 119), proporcionando exemplos de disposições normativas inteiramente privadas de teor programático e que se prendem à necessidade de uma legislação futura para lograrem inteira eficácia. De modo que não caberiam elas na categoria já referida das normas imediatamente preceptivas, em virtude de terem sua aplicabilidade completa sujeita a uma ulterior normação de natureza técnica. E não sendo programáticas, por não se dirigirem unicamente a órgãos legislativos ou à disciplina exclusiva de comportamentos estatais, justificariam de todo a admissão e reconhecimento desse *tertium genus* entre as normas constitucionais: o das normas de eficácia diferida.

Vejamos, pois, como aquele constitucionalista colocou o problema, numa demonstração que nos permite acolher a posição teórica que faz legítima a modalidade das normas de eficácia diferida:

"É pacificamente admitido, antes de mais nada, que a pertinente norma constitucional não está entre aquelas chamadas programáticas, porquanto não se dirige só ao legislador, vinculando-o a dar vida, por sua vez, mediante expressa normação, aos entes regionais, mas determina ela mesma, diretamente, os entes regionais: no seu território, no respectivo elemento pessoal, nos interesses públicos a eles atribuídos, na capacidade jurídica que lhe diz respeito ('entes autônomos, com poderes e funções próprias, segundo os princípios fixados pela Constituição': art. 115), na sua capacidade financeira e patrimonial (art. 119), nas suas relações com o Estado e com os entes territoriais menores, Províncias e Municípios. Tudo isto não constitui um programa estabelecido (e imposto) pela Constituição aos órgãos do Estado e, em primeiro lugar, aos órgãos legislativos; senão que se faz objeto direto e imediato da normação constitucional pois *é matéria já regulada pela Constituição*. Não todavia de um modo completo: outras normas são, com efeito, necessárias para exaurir e concluir a disciplina do ordenamento regional, e a Constituição mesma pede a respectiva formulação, em parte e em primeiro lugar, a leis ordinárias; em parte, e secundariamente, aos Estatutos regionais e às leis regionais organizativas.

"Estas normas integrativas faltam ainda hoje; falta, em conseqüência, a concreta organização dos entes regionais, a qual – antes – é só

parcialmente regulada pela Constituição, uma vez que, a esse respeito, se verifica a insuficiência da disciplina ministrada pelas disposições constitucionais e a exigência, portanto, de completá-las, de sorte a exaurir por todos os seus aspectos a disciplina do ordenamento regional. Muito menos se trata aqui de uma situação exclusivamente própria das normas constitucionais do Título V, as quais, ao contrário, são idênticas, de tal ponto de vista, a muitas outras normas organizativas postas por disposições do texto constitucional, as quais não são certamente nem de longe programáticas, mas que todavia não bastam, *por si mesmas*, a traduzir-se numa regulamentação atual e operativa das matérias que constituem o seu objeto: basta pensar nas normas acerca da Corte constitucional, do Conselho Superior da Magistratura, do *referendum*, da iniciativa popular das leis etc. Idênticas, por sua vez, são as normas constitucionais sobre o Parlamento, o Presidente da República, o Governo: se as leis ulteriores integrativas e, em seguida, as necessárias operações administrativas não sobreviessem regularmente, em tempo oportuno, não teríamos ainda concretamente nem o Parlamento, nem o Presidente da República, nem o Governo: e a ninguém jamais ocorreu considerar as respectivas normas da Constituição como programáticas.

"São, todas estas, normas de *eficácia diferida*, e por isto, semelhantes, em certos efeitos práticos, àquelas programáticas: mas, diversamente destas, diretamente preceptivas com respeito à disciplina das relações a que se referem de maneira imediata, embora incapazes de desdobrar na prática sua eficácia reguladora, até que tenham sido postas no ordenamento outras normas, instrumentalmente necessárias, a cuja vigência pois fica condicionado o início de sua efetiva obrigatoriedade."[52]

Há, portanto, nas Constituições normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais, não tendo por conseguinte natureza programática, e somente desdobrando sua inteira eficácia através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam. São as normas de *eficácia diferida*.

52. V. Crisafulli, ob. cit., pp. 187 a 189.

Capítulo 8

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. O conceito de princípio. 2. A carência de normatividade dos princípios na Velha Hermenêutica: seu caráter meramente programático. 3. O jusnaturalismo e a fase metafísica e abstrata dos princípios (o contributo de Del Vecchio a uma restauração jusnaturalista). 4. O positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos como fonte normativa subsidiária. 5. Com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito. 6. Boulanger, o mais insigne precursor da normatividade dos princípios. 7. A posição dúbia de Emilio Betti acerca da normatividade dos princípios (a crise da Velha Hermenêutica). 8. Os princípios "abertos" (Larenz e Grabitz) e os princípios "informativos" (Esser). 9. Os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios. 10. A caminhada doutrinária para a normatividade dos princípios e a contribuição de Crisafulli. 11. Princípios gerais, princípios constitucionais e disposições de princípio. 12. Os princípios fundamentam o sistema jurídico e também são normas (normas primárias). 13. O juspublicismo pós-positivista determina a hegemonia normativa dos princípios (Müller e Dworkin). 14. Os distintos critérios para estabelecer a distinção entre regras e princípios (Alexy). 15. O conflito de regras se resolve na dimensão da "validade", a colisão de princípios na dimensão do "valor". 16. As objeções ao conceito de princípio de Alexy. 17. A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições: a contribuição de Dworkin na idade do pós-positivismo. 18. As distintas dimensões dos princípios: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa (Trabucchi e Bobbio). 19. A conexidade da "jurisprudência dos valores" ou "jurisprudência dos princípios" com a "jurisprudência dos problemas" (a Tópica). 20. A jurisprudência dos princípios, enquanto "jurisprudência dos valores", domina a idade do pós-positivismo. 21. Os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico. 22. A teoria contemporânea dos princípios: do tratamento jusprivatista nos Códigos ao tratamento juspublicístico nas Constituições, com o advento de um novo Estado de Direito. 23. Os princípios gerais de Direito e os princípios constitucionais. 24. A teoria dos princípios no Direito Constitucional brasileiro.

1. O conceito de princípio

A idéia de princípio, segundo Luís-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, "onde designa as verdades primeiras".[1] Logo acres-

1. "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro", in *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3ª, out./dez. 1983, pp. 1.267 e 1.268.

centa o mesmo jurista que exatamente por isso são "princípios", ou seja, "porque estão ao princípio", sendo "as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*".[2]

Declara, a seguir, invocando o pensamento do jurista espanhol F. de Castro, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas,[3] dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade.

Como princípios de um determinado Direito Positivo, prossegue Picazo, têm os princípios, dum lado, "servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo" e, doutro, de normas obtidas "mediante um processo de generalização e decantação dessas leis".[4]

Na época em que os princípios ainda se achavam embebidos numa concepção civilista, a saber, em meados da segunda década do século XX, por volta de 1916, F. de Clemente fazia esta ponderação elementar: assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios "gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios", figurem ou não nos Códigos; afirmação feita na mesma linha de inspiração antipositivista daquela de Mucius Scaevola, por ele referido, ao asseverar que o princípio exprime "uma verdade jurídica universal".[5]

Depois de tecer considerações expositivas em que assinala a equivalência essencial dos princípios à eqüidade dos romanos como "a razão intrínseca do Direito", F. de Clemente chega, inspirado em vários juristas, entre os quais Unger, a essa formulação: "Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo".[6]

Outro conceito de princípio é aquele formulado pela Corte Constitucional italiana, numa de suas primeiras sentenças, de 1956, vazada nos seguintes termos: "Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que

2. Luís-Diez Picazo, ob. cit., p. 1.268.
3. Luís-Diez Picazo, ob. cit., p. 1.268.
4. Ob. cit., p. 1.266.
5. F. de Clemente, "El método en la aplicación del Derecho Civil", in *Revista de Derecho Privado*, ano IV, n. 37, out. 16, p. 290.
6. Ob. cit., p. 293.

concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico".[7]

Observa-se um defeito capital em todos esses conceitos de princípio: a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: "Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".[8]

Deveras útil é a investigação doutrinária feita por Ricardo Guastini, que recolheu da jurisprudência e de juristas diversos seis distintos conceitos de "princípios", todos vinculados a disposições normativas e assim enunciados:

Em primeiro lugar, o vocábulo "princípio", diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.[9]

Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo "princípio" para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.[10]

Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra "princípio" para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter "programático".[11]

Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo "princípio" é para referir-se a normas (ou a dispo-

7. *Giur. Costit.*, I, 1956, 593, *apud* Norberto Bobbio, "Principi generali di Diritto", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 889.
8. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, p. 15.
9. Riccardo Guastini, *Dalle Fonti alle Norme*, p. 112.
10. Ob. cit., p. 114.
11. R. Guastini, ob. cit., p. 116.

sitivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.[12]

Em quinto lugar – novamente Guastini – "os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)".[13]

Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão "princípio" para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.[14]

O texto acima, extraído, conforme se assinalou, da exposição de Riccardo Guastini, compreende todas aquelas variantes do conceito de princípio, considerado à luz de sólidas reflexões feitas ultimamente acerca desse tema. A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

A normatividade dos princípios representa, conforme vimos, o traço comum a todas aquelas acepções, sendo, por conseguinte, o vínculo unificador das seis formulações enunciadas.

A caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.

2. *A carência de normatividade dos princípios na Velha Hermenêutica: seu caráter meramente programático*

O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de Direito cujo ingresso nas Constituições se faz com

12. R. Guastini, ob. cit., p. 118.
13. Ob. cit., p. 119.
14. Ob. cit., p. 120.

força positiva incontrastável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais.

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.

Em verdade, fora até então a carência de normatividade o entendimento a que se abraçava a Velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.

Impossível deixar de reconhecer, pois, nos princípios gerais de Direito, conforme veremos, a base e o teor da eficácia que a doutrina mais recente e moderna, em voga nas esferas contemporâneas da Ciência Constitucional, lhes reconhece e confere, escorada em legítimas razões e excelentes argumentos.

O "tudo ou nada" caracteriza, segundo Dworkin, a tese positivista sobre o caráter das normas, tese que ele tão duramente combate.

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Passemos, assim, em primeiro lugar, revista à doutrina dos princípios gerais de Direito, cuja penetração na Lei das Leis logo os converte em princípios constitucionais de primeiro grau, de suma relevância, e, desde já, sem dúvida, os mais qualificados, dentre quantos compõem o ordenamento jurídico positivo.

3. *O jusnaturalismo e a fase metafísica e abstrata dos princípios (o contributo de Del Vecchio a uma restauração jusnaturalista)*

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial, que ainda no século XX os cultores solitários e esparsos da doutrina do Direito Natural nas universidades e no meio forense pareciam se envergonhar do arcaísmo de professarem uma variante da velha metafísica jurídica.

Aliás, Berger, citado por De Diego no "Prólogo" à obra clássica de Del Vecchio sobre os princípios, "substituía a expressão princípio de Direito Natural por idéia de Direito (*Rechts-idea*), manifestando que era de bom tom menosprezar a Filosofia do Direito e fazer do Direito Natural uma aberração".[15]

Refere Bobbio que, por volta de 1880, um artigo de Vitorio Scialoja marcava o momento culminante da ascensão positivista, mediante uma certa desconfiança votada à eqüidade, a par de extrema e rígida confiança consagrada às leis, expressão ainda, ao nosso ver, de um culto da autoridade e dos Códigos.

O mesmo autor italiano escreve que "o prestígio da concepção positivista do Direito era tal que até alguns juristas austríacos, não obstante o chamamento aos princípios de Direito Natural contido no art. 7º do seu Código Civil, interpretaram os princípios gerais como princípios de Direito Positivo".[16] E, a seguir, fixa a posição básica de Del Vecchio nas primeiras décadas deste século, ao consumar a ruptura do domínio, até então avassalador, absoluto e sem limites, do positivismo tocante à teoria dos princípios, teoria cuja veracidade era posta em dúvida "ao colocar o problema nos termos desta alternativa: estão os princípios gerais do Direito dentro ou fora do sistema?".[17]

Com semelhante indagação, partia o catedrático de Roma, na célebre aula inaugural de seu curso de Filosofia do Direito, proferida em 13 de dezembro de 1920, para uma reavaliação da problemática dos princípios debaixo de manifesta inspiração jusnaturalista. Buscava um retorno por novas vias reflexivas para rebentar os cárceres do legalismo positivista.

Refere também Norberto Bobbio o artigo estampado em 1921 por Del Vecchio no qual o eminente Jurista rompe "a cadeia das opiniões

15. Felipe Clemente de Diego, "Prólogo", in Giorgio Del Vecchio, *Los Principios Generales del Derecho*, 2ª ed., p. 16.

16. Norberto Bobbio, "Principi generali di Diritto", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 891.

17. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 891.

conformes" e sustenta que os princípios gerais de Direito evocados pelo art. 3º do Código Civil italiano de 1865 deveriam ser entendidos como princípios de Direito Natural.[18]

Comentando a contribuição de Del Vecchio, escreveu Felipe Clemente de Diego no "Prólogo" à tradução espanhola dos *Princípios*: "Quão sugestivas são as considerações que o eminente Professor italiano dedica aos sistemas jurídicos, à necessidade para o jurista e para o juiz de apropriar-se deles e dominá-los" – refere-se aos princípios – (já "que as regras particulares não são realmente inteligíveis se não forem postas em relação com os princípios dos quais descendem"), ao nexo recíproco entre o geral e o particular, segundo o que, nem "dos princípios gerais se podem obter *a priori* por simples dedução todas as normas particulares do ordenamento jurídico que contêm também elementos empíricos e contingentes", nem "tampouco pode inferir-se das simples normas particulares o conhecimento apropriado daqueles princípios que em sua generalidade superam virtualmente toda aplicação particular".[19]

A ressurreição do jusnaturalismo produziu no século XX, sobretudo na Alemanha, reflexões curiosas, que talvez expliquem a tenacidade com que muitos juristas se aferram a essa doutrina do "eterno retorno".

Com efeito, um deles escreveu: "Ninguém *sabe* nada de seguro acerca desse Direito Natural, mas todo mundo *sente* com segurança que ele existe" ("Niemand weiss etwas Gewisses von ihm, aber jeder *fühlt* mit Gewissheit, dass es ist").[20]

Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés, em forma de "axiomas jurídicos" ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, "um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana".[21]

O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito. Todavia, a "for-

18. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 891.

19. F. C. de Diego, "Prólogo", cit., p. 26.

20. Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre – Versuch einer Orientierung*, 1955, p. 1.

21. Joaquín Arces y Flórez-Valdés, *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, p. 38.

mulação axiomática" de tais princípios, conforme observa Enterría, os arrastou ao descrédito.[22]

Quem fez, de último, com mais clareza e precisão um contraste entre as duas grandes tendências ou correntes imperantes na doutrina dos princípios – a jusnaturalista e a positivista – foi, ao nosso ver, José M. Rodriguez Paniagua.

Com efeito, escreve esse autor espanhol: "Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade conseqüente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia". E finaliza deste teor: "Mas esta é, antes de tudo, uma questão lógica: a suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico; e só depois de resolvida, sem agitar o fantasma do Direito Natural, dever-se-ia começar a determinar, caso a conclusão seja a da insuficiência, os métodos de suprir essas lacunas".[23]

4. *O positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos como fonte normativa subsidiária*

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como "válvula de segurança", que "garante o reinado absoluto da lei".[24]

Com efeito, assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como "válvula de segurança", e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos "para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo".[25]

22. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, pp. 59 e 60.

23. José M. Rodriguez Paniagua, *Ley y Derecho – Interpretación e Integración de la Ley*, pp. 125 e 126.

24. "Ley, principios generales y Constitución; apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho", in *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, pp. 484 e 485.

25. Ob. cit., p. 485.

O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico.

A concepção positivista ou histórica – escreve Flórez-Valdés – sustenta basicamente que os princípios gerais de Direito eqüivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento.[26]

"Estes princípios – acrescenta literalmente o mesmo autor – se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares (...). Os princípios, com efeito – prossegue – já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem – conclui – não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis."[27]

Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais,[28] tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade,[29] estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica.

É de estranhar, contudo, que um jurista do porte de Norberto Bobbio, a tantos títulos inovador profundo e vanguardeiro de teses verdadeiramente lúcidas e ousadas, se tenha limitado a traçar num verbete do *Novissimo Digesto Italiano* tão-somente o percurso doutrinário dos princípios, sem ao menos fixar uma posição clara e inequívoca de seu pensamento acerca da normatividade desses princípios.

Mas essa omissão do notável Jurista foi depois suprida em sua *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, onde ele escreveu: "Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização su-

26. Ob. cit., p. 39.

27. J. Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., p. 39.

28. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 890.

29. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 890.

cessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?".[30]

Expondo nas páginas do *Novissimo Digesto Italiano* a tese dos que aceitam a versão do caráter normativo dos princípios, o pensador italiano se revelou inexcedivelmente didático ao arrolar os diversos critérios elucidativos da distinção que vai dos princípios às "outras" normas do ordenamento jurídico.

Com efeito, os critérios aparecem congregados por Bobbio em cinco categorias principais.

Primeiro, diz ele, "os princípios gerais são pura e simplesmente normas mais gerais"; segundo, "são normas *fundamentais* ou normas de base do sistema ou *traves mestras*, como se tem dito metaforicamente, na acepção de que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade"; terceiro, são normas diretivas ou princípios gerais; quarto, são normas *indefinidas*, e quinto são normas *indiretas*.[31]

5. *Com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito*

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Mas, antes das formulações jurisprudenciais contidas em recentes arestos das Cortes constitucionais, é de assinalar que deveras importante para o reconhecimento precoce da positividade ou normatividade dos princípios em grau constitucional, ou melhor, juspublicístico, e não meramente civilista, fora já a função renovadora assumida precocemente pelas Cortes Internacionais de Justiça, tocante aos princípios gerais de Direito, durante época em que o velho positivismo ortodoxo ou legalista ainda dominava incólume nas regiões da doutrina.

30. Norberto Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, pp. 181 e 182.
31. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., pp. 890 e 891.

Assinala Bobbio efetivamente que uma nova fase – que se nos afigura neopositivista e precede o positivismo contemporâneo – sobre a natureza, a validade e o conteúdo desses princípios se instaura a partir da ocasião em que o art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional declarou, em 1920, "os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas", como aptos ou idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais; fórmula, essa, consagrada e incorporada literalmente em 1945 pelo art. 38, 1, "c", do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, a seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do tratado que instituiu em 1957 a Comunidade Econômica Européia.[32]

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Na análise crítica ao positivismo, Dworkin proclama que, se tratarmos princípios como direito, faz-se mister rejeitar três dogmas dessa doutrina.

O primeiro, diz ele, é o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais (*social standards*) aferidos por algum *test* na forma de regra suprema (*master rule*). O segundo – prossegue – referente à doutrina da discrição judicial – a "discricionariedade do juiz". E, finalmente, o terceiro, compendiado na teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra estabelecida de Direito – uma lei – impõe tal obrigação, podendo ocorrer, todavia, a hipótese de que num caso complicado (*hard case*), em que tal lei não se possa achar, inexistiria a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro. E, se a aplicasse, isto configuraria legislação *ex post facto*, nunca o cumprimento de obrigação já existente.[33]

Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.[34]

32. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., p. 888.
33. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 44.
34. Ob. cit., p. 44.

A par da reviravolta antipositivista de Dworkin, num momento culminante para o advento do pós-positivismo, urge, tocante aos princípios, acompanhar a escalada e o desdobramento da doutrina, desde a tibieza inicial de Betti e Esser em reconhecer-lhes a normatividade, até as posições mais recentes e definidas do constitucionalismo contemporâneo e seus precursores, que erigiram os princípios a categorias de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora.

Para tanto, contribuíram sobremodo o jurista alemão Alexy e também alguns publicistas da Espanha e Itália, receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito.

Doutrinas diversas, segundo Flórez-Valdés, caminhavam tão longe em matéria de princípios que chegavam a negar "a existência" deles por motivos de "incompatibilidade com a segurança jurídica, ou em função da impossibilidade real de determinação ou por causa de sua necessária carência de força jurídica", posições, essas, nomeadamente de índole e inspiração positivista.[35]

6. *Boulanger, o mais insigne precursor da normatividade dos princípios*

Antes de Alexy e Dworkin, Boulanger, na mesma senda inovadora, onde ingressa como um dos precursores, posto que atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios, mas primeiro advertia, citando Japiot, que "os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve".[36]

Foi Boulanger o primeiro – no dizer de Esser – a fazer estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito,

35. Ob. cit., p. 37.

36. Jean Boulanger, "Principes généraux du Droit et Droit Positif", in *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle, Études Offertes à Georges Ripert*, t. I, p. 51.

embora esquivando-se a um tratamento da "formação e da função" que eles têm no "processo judicial". Coube, porém, a Esser, jurista alemão, levar a cabo e aprofundar esse tratamento na sua clássica obra *Princípio e Norma* (*Grundsatz und Norm*).

Mas Boulanger tinha toda razão, segundo o testemunho de Esser, em asseverar que "a teoria dos princípios jurídicos ainda não foi formulada", sendo "os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica".[37]

Aquele mistério a que se reportou Boulanger guarda certo resquício jusnaturalista. Mas Boulanger, cautelosamente, dele já procura se desvencilhar, tratando com acuidade o tema e positivando e operando a distinção, embora de maneira ainda titubeante, entre princípio e regra.

Escreve o Professor da Faculdade de Direito de Lille: "Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio".[38]

A seguir, com propriedade e rigor, acentua que uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto "ela é especial na medida em que *rege tão-somente atos ou fatos*, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada".[39]

Ocupando-se, depois, dos princípios, Boulanger estabelece o respectivo contraste com as regras e elucida: "O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*".[40]

Recorre, em seguida, ao vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande, o qual assim define os princípios: "Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina".[41]

37. Boulanger, "La théorie des principes juridiques n'a pas encore été entreprise", in *Études sur le Rôle du Juge en Cas du Silence ou d'Insuffisance de la Loi*, *apud* Esser, *Princípio e Norma*, p. 13; e Boulanger, "Les principes sont les matériaux grâce auquelles la doctrine peut édifier avec confiance la construction juridique", *apud* Esser, ob. cit., p. 92.

38. J. Boulanger, "Principes...", cit., p. 56.

39. J. Boulanger, "Principes...", cit., p. 56.

40. "Principes...", cit., p. 56.

41. J. Boulanger, "Principes...", cit., p. 56.

Acrescenta Boulanger: "É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios".[42]

Refere-se, ainda, o jurista à significação que eles têm: "A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige".[43]

Volta, adiante, a acentuar a relevância que possuem: "Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, *construções jurídicas*. No sentido em que nós entendemos o termo, que não peca por excesso de precisão, as construções jurídicas têm os princípios por armadura (...). Os princípios existem, ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a *declarálos*; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação".[44]

Do mesmo modo que Boulanger, dois juristas de nomeada, Gutzwiller e Goldschmidt, citados também por Esser, fizeram observações marcantes e precursoras com respeito à relevância dos princípios: o primeiro, ao reconhecer que um princípio é somente "princípio de interpretação" (*Auslegungsprinzip*) e, não obstante, como "princípio heurístico" (*heuristisches Prinzip*), pode possuir importância criadora; e o segundo, ao assinalar que "um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente".[45]

7. *A posição dúbia de Emilio Betti acerca da normatividade dos princípios (a crise da Velha Hermenêutica)*

A conclusão crítica de Betti acerca dos princípios abrange, duma parte, considerações radicalmente pessimistas e negativas e, doutra, reflexões até certo ponto otimistas e construtivas, que consolidam consideráveis progressos doutrinários na compreensão da matéria.

Ocupando-se do contraste entre os que negam e os que asseveram o caráter normativo dos princípios, Norberto Bobbio diz que "os primeiros usam o termo *princípio* na acepção estrita" para designar ou enunciar tão-somente "os chamados valores que inspiram um sistema jurídico", como o princípio da igualdade, o da solidariedade ou o da livre iniciativa, ao passo que "os segundos usam o termo *norma* em sentido amplo, compreendendo todo enunciado que contenha uma orientação ou impulso dirigido à ação".[46]

42. "Principes...", cit., p. 56.
43. J. Boulanger, "Principes...", cit., p. 63.
44. J. Boulanger, "Principes...", cit., pp. 66 e 67.
45. In J. Esser, ob. cit., p. 103.

Sendo o princípio, porém, segundo Betti, uma "idéia germinal", um "critério de avaliação", serve ele à norma, mas nunca chega a constituir uma norma acabada e formulada, por padecer um "excesso de conteúdo deontológico".[47]

Ressalta, ainda, o célebre autor a antinomia insuperável que se estabelece, "de um lado, entre a exigência, que todo preceito jurídico levanta de ser formulado em termos normativos, de tal sorte que permita uma interpretação jurídica e uma construção dogmática e, doutra parte, a repugnância que os princípios opõem a uma formulação preceptiva exata, enquanto afirmam orientações e ideais de política legislativa, capazes de indefinida, quase diria, inexaurível virtualidade".[48]

Mestre clássico da Velha Hermenêutica, exprime Betti em termos absolutos a tendência mais antagônica à normatividade dos princípios. Vai deveras longe nessa tendência, a ponto de vaticinar que "toda tentativa de fixar, reduzir e traduzir em termos preceptivos os princípios" é, em virtude da carência de maturação e termo do processo histórico, "ilusória e fadada ao fracasso".[49]

Já Bobbio inculca de certo modo a incoerência da posição de Betti, visto que este, ao investigar a função dos princípios, introduz termos como "critérios diretivos" e "critérios programáticos", indicativos de "uma função prescritiva não diversa daquela das normas".[50]

Bobbio, que é também italiano, examina, pois, ao contrário de Betti, com mais independência e plausibilidade as questões cruciais que se agitam ao redor da doutrina dos princípios.

Eis o que ele substancialmente nos oferece acerca dessa matéria. Reduzindo a três indagações fundamentais os problemas da natureza, origem e validade dos princípios gerais de Direito: primeiro, interroga

46. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., p. 890.
47. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 1ª ed., pp. 205 a 212.
48. Emilio Betti, *Teoria Generale della Interpretazione*, II, p. 846.
49. Emilio Betti, ob. ult. cit., p. 847.
50. "Principi...", cit., p. 890.

se os princípios são ou não são normas jurídicas; segundo, donde procedem eles, de dentro ou de fora do sistema; e terceiro, de que autoridade advêm o fundamento e o grau de sua validade no meio das demais normas desse sistema.[51]

Em suma, a posição dúbia e vacilante de Betti acerca da normatividade dos princípios outra coisa não configura senão um dos aspectos mais evidentes e palpáveis da crise da Velha Hermenêutica, toda guiada ainda por uma metodologia de inspiração positivista na linha dos clássicos da Ciência Jurídica do século XIX e princípios do século XX.

8. *Os princípios "abertos" (Larenz e Grabitz) e os princípios "informativos" (Esser)*

Os princípios "abertos" de Larenz correspondem em grande parte, com ligeira variação, aos princípios "informativos" de Esser.[52]

São princípios abertos, sobretudo, os princípios da Constituição, tais como, segundo assinala Grabitz, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado social, a democracia e a separação de Poderes.[53]

Entende o eminente Constitucionalista de Tübingen que os princípios constitucionais ostentam uma singularidade em razão de terem sido "estabelecidos" (*Setzung*) ou recepcionados pela Constituição.

São elementos do Direito Positivo, "sem embargo de sua estrutura lógica e posto que não sejam também normas" – compreensão, a nosso ver, errônea e que a seguir logo se contradiz pelas próprias palavras do autor, estas, sim, corretas no sentido e na afirmativa – "são contudo Direito atual vigente". Se são Direito atual vigente, conforme ele diz, como podem deixar de ser normas? É possível Direito que não seja norma ou desprovido de normatividade, ou, o que é o mesmo, Direito sem juridicidade?

Muito mais sensata a esse respeito é a posição de Esser, para quem os princípios normativos são apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida em que se incorporam numa instituição e só assim logram eficácia positiva.[54]

51. Norberto Bobbio, "Principi...", cit.. pp. 889-900.

52. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., p. 74, e Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, p. 241.

53. E. Grabitz, ob. cit., p. 241.

54. J. Esser, ob. cit., p. 88.

De uma reflexão de Feuerbach – na qual ele peremptoriamente declarava: "Aqui portanto devo sair do positivo para ao positivo reverter" ("Hier muss ich also aus dem Positiven hinaus, um in das Positive wieder hinein zu kommen") – partiu Esser para a identificação de toda uma metodologia com base nesse conceito, que se lhe afigurava lapidar.[55]

Descobrira, assim, o caminho para superar tanto "a exigência de totalidade do sistema positivista" – a qual, segundo ele, se exprimia na codificação e sua técnica de interpretação – como "o pensamento axiomático jusnaturalista", ambos cerrando as portas de acesso à compreensão de um novo programa metodológico.[56] E por esse caminho iluminava também a passagem introdutória à formulação de um juízo mais compatível com a admissão da normatividade dos princípios jurídicos.

9. *Os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios*

Quando Betti disse, há pouco, conforme já assinalamos, que os princípios são "os valores dos critérios diretivos para interpretação e dos critérios programáticos para o progresso da legislação", a este resultado já havia chegado desde muito a Hermenêutica dos princípios, resultado sem dúvida propedêutico ao estádio mais adiantado em que ora ingressamos.[57]

Tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.

Reconhece Esser – e com isso dá admirável passo adiante das posições positivistas – que o princípio atua normativamente; é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida (*starting point*, diz ele) que se abre ao desdobramento judicial de um problema.[58]

Se não chegam a ser, em rigor, uma norma no sentido técnico da palavra, os princípios, como *ratio legis* – prossegue o abalizado Jurista

55. Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, 1804, p. 76.

56. J. Esser, ob. cit., p. 11.

57. E. Betti, ob. ult. cit., p. 847.

58. Joseph Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (*Princípio e Norma...*, cit.), 3ª tir., p. 69.

– são possivelmente Direito Positivo, que pelos veículos interpretativos se exprimem, e assim se transformam numa esfera mais concreta.[59]

Surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente meros guias do pensamento jurídico, podendo cedo adquirir o caráter de normas de Direito Positivo.[60]

O princípio normativo – observa, por sua vez, Grabitz – deixa de ser, assim, tão-somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo.[61]

Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: a dos que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.

Acrescenta o mesmo jurista que os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios "abertos" (*offene Prinzipien*), ao passo que os segundos se apresentam como "princípios normativos" (*rechtssatzförmige Prinzipien*).[62]

10. A caminhada doutrinária para a normatividade dos princípios e a contribuição de Crisafulli

Cotejando os princípios com as normas propriamente ditas, Crisafulli, aquele grande Professor da Itália, assinala que "os princípios (gerais) estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente".[63]

Pertence Crisafulli à classe de juristas que mais contribuíram para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios. Segundo ele, têm os princípios dupla eficácia: a eficácia imediata e a eficácia mediata (programática).[64]

59. J. Esser, ob. cit., p. 94.

60. J. Esser, ob. cit., p. 94.

61. Eberhard Grabitz, ob. cit., pp. 240 e 241.

62. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª tir., 1979, pp. 463 e 464.

63. "Per la determinazione del concetto dei principi generali del Diritto", in *Studi sui Principi Generali dell'Ordinamento Giuridico*, p. 240.

64. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*, cit., p. 91.

Entende esse constitucionalista por princípio (v. o item 1 deste capítulo) "toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares".[65]

Não hesita, a seguir, em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra – acrescenta Crisafulli – de determinados comportamentos públicos ou privados.[66]

Ao mesmo passo, mostra o preclaro Jurista que, se os princípios fossem simples diretrizes ou diretivas teóricas, far-se-ia mister, então, admitir, por congruência, que, em tais hipóteses, a norma seria posta ou estabelecida pelo juiz, e não o contrário – conclui ele – por este unicamente *aplicada*, ao caso específico.[67]

Reforçando as considerações sobre a positividade dos princípios, continua: "Mas a eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que formam o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente à sua eficácia interpretativa, conseqüência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema".[68]

Proclama, em seguida, que todo princípio tem eficácia e que "os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas".[69]

11. Princípios gerais, princípios constitucionais e disposições de princípio

Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição correspondem, em sentido e substância, aos "princípios constitucionais" e às "disposições de princípio", da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo.

Têm estes últimos se preocupado, sobretudo, em estabelecer os limites de eficácia de tais normas, cujo excesso de generalidade as insere,

65. Vezio Crisafulli, *La Costituzione...*, cit., p. 15.

66. *La Costituzione...*, cit., pp. 15 e 16.

67. Crisafulli, *La Costituzione...*, cit., p. 16.

68. Crisafulli, *La Costituzione...*, cit., p. 17.

69. V. Crisafulli, *apud* Emilio Betti, *Teoria Generale della Interpretazione*, II, p. 845.

segundo certos juristas, numa categoria especial, isto é, num tipo à parte, sem que isso invalide, em absoluto, o título de normatividade que já lhes foi outorgado pela doutrina dominante.

Mas não é unicamente a generalidade o traço imperante na caracterização dos princípios. Domenico Farias, que lhes não recusa o caráter de "genuínas normas jurídicas", acrescenta o da *fecundidade*.

Faz ele asserções desse teor: "Uma idéia, todavia, retorna com freqüência, se não exclusiva, decerto preponderante: os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a idéia de *fecundidade* do princípio aquela que se acrescenta à de mera generalidade".[70]

Esclarece, em seguida, as duas funções capitais que se inferem da fecundidade dos princípios, a saber, a interpretativa e a integrativa. Com efeito, escreve Farias: "A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio. Antes ainda das Cartas Constitucionais, ou, melhor, antes que, sob o influxo do jusnaturalismo iluminista, máximas jurídicas muito genéricas se difundissem nas codificações, o recurso aos princípios era já uma necessidade para interpretar e integrar as leis".[71]

Partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios – cristalizada no conceito de sua fecundidade – é possível chegar, numa escala de densidade normativa, ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional.

Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.

Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.

É unicamente nesta última fase que se faz exeqüível colocar no mesmo plano discursivo, em termos de identidade, os princípios gerais, os princípios constitucionais e as disposições de princípio.

70. Domenico Farias, *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, p. 163.

71. Ob. cit., p. 163.

12. *Os princípios fundamentam o sistema jurídico e também são normas (normas primárias)*

Exprimiu o jurista italiano Perassi a opinião de que as normas constitutivas de um ordenamento não estão insuladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de sorte a constituírem um bloco sistemático.

Daqui se parte sem dificuldade para o reconhecimento do princípio da unidade do sistema jurídico, que é, numa visão juspublicística onde se incorporam as mais recentes conquistas metodológicas da Nova Hermenêutica, o mesmo princípio da unidade da Constituição. Mas, obviamente, segundo uma perspectiva de eficácia e normatividade cuja abrangência se estende a todas as partes do ordenamento, constituindo ao mesmo passo a suma do Direito Positivo vigente.

Comentando o pensamento do sobredito jurista, Pergolesi assinala que tal pode acontecer – a formação unitária do sistema, tendo por vínculo os princípios – "porque há identidade de natureza entre norma e princípio, e mais precisamente porque o princípio também é norma, em sentido mais abstrato do que aquele compreendido (mui restritivamente) por Perassi".[72]

Com respeito à ponderação de Pugliati de que as normas têm aplicação direta e os princípios, ao contrário, aplicação indireta, a saber, junto das mesmas ou por meio destas, Pergolesi disse que, do seu ponto de vista, os princípios podem considerar-se normas eles mesmos, nomeadamente se codificados; hoje, com mais razão – acrescentamos nós – se constitucionalizados, ou seja, se inseridos nas Cartas Constitucionais.[73]

Estabelecendo originalíssima distinção entre normas primárias, que são os princípios, e normas secundárias, que são aquelas baseadas nos "princípios", nos costumes e nas convenções, Quadri, citado por Pergolesi, denomina princípios "as normas que são expressão imediata da vontade do corpo social".[74] Para Quadri, o princípio, sendo uma norma primária, se acha em direta relação com a *autoridade* que está na base do sistema.[75]

72. Ferruccio Pergolesi, *Sistema delle Fonti Normative*, 3ª ed., p. 129.

73. F. Pergolesi, ob. cit., p. 130.

74. Quadri, *apud* Pergolesi, ob. cit., p. 130.

75. Quadri, *apud* Pergolesi, ob. cit., p. 130.

13. *O juspublicismo pós-positivista determina a hegemonia normativa dos princípios (Müller e Dworkin)*

A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo.

Teve essa construção, conforme vimos, a presença desbravadora de Esser, cuja dubiedade, todavia, decorre grandemente de sua formação jusprivatista, que lhe não consentiu dar, além do salto para o judicialismo de um novo Estado de Direito – tendência contemporânea com a qual tem também alguma afinidade a teoria material da Constituição – o passo decisivo, de natureza qualitativa, observado unicamente com a virada para o *juspublicismo*, desde a intervenção contributiva de juristas do porte de Friedrich Müller na Alemanha e Ronald Dworkin nos Estados Unidos e Inglaterra.

Com efeito, ambos já se colocam na faixa histórica do pós-positivismo, cujas teses mais fecundas e representativas encabeçam verdadeiramente; Müller, com o normativismo de sua teoria estruturante do Direito, intentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen; Dworkin, com a conexidade Direito/Moral, buscando abalar e desterrar da Ciência Jurídica o positivismo de Hart.

Assim como Müller, na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austin.

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.

Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.

Isto já se acha perfeitamente elucidado, definido, reconhecido e difundido. Basta examinar, a esse respeito, a obra de Alexy, cuja terminologia reflete o influxo e o teor da doutrina pós-positivista, da qual esse jurista em nosso tempo é, sem dúvida, dos expoentes mais altos e abalizados.

14. *Os distintos critérios para estabelecer a distinção entre regras e princípios (Alexy)*

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas – a teoria normativa-material (*normative-materiale Theorie*) – Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas.

Tanto as regras como os princípios também são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.[76]

Assevera, em seguida, o insigne Jurista que os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie mui diferente.

A diferença de princípios e regras – prossegue o notável Professor alemão – é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que os critérios propostos à distinção ora estabelecida são inumeráveis. O mais freqüente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, diz Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.[77]

Alexy exemplifica. E o faz tomando a norma segundo a qual toda pessoa desfruta da liberdade de crença, como norma com um grau relativo de alta generalidade, ao passo que a norma sobre o direito que todo preso possui de fazer proselitismo em favor de suas crenças junto doutros presos seria ilustração das normas de reduzido grau de generalidade.[78] Portanto, é possível, segundo se lhe afigura, classificar as normas de acordo com o critério da generalidade, sendo umas princípios, enquanto outras são regras.[79]

76. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 72.
77. R. Alexy, ob. cit., pp. 72 e 73.
78. R. Alexy, ob. cit., p. 73.
79. R. Alexy, ob. cit., pp. 73 e 74.

Os demais critérios distintivos aparecem a seguir enunciados: o da "determinabilidade dos casos de aplicação" (Esser), o da origem, o da diferenciação entre normas "criadas" (*geschaffene*) e normas "medradas" ou "crescidas" (*gewachsene Normen*), referido por Schuman e Eckhoff, o da explicitação do teor de valoração (Canaris), o da relação com a idéia de Direito (Larenz) ou com a lei suprema do Direito (*Bezug zu einem obersten Rechtsgesetz*), segundo H. J. Wolff, e, finalmente, o da importância que têm para a ordem jurídica (entre outros, Peczenik e Ziembinski).[80]

Com fundamento em tais critérios, Alexy parte para a descoberta de três possíveis teses acerca da distinção que vai das regras aos princípios.

A primeira, rodeada de ceticismo, entende que nenhum daqueles critérios, unilaterais, em razão de sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção. Valendo-se da autoridade de Wittgenstein, entende ele, portanto, que o alvo há de ser colocado nas inumeráveis homogeneidades e heterogeneidades, semelhanças e dessemelhanças, dentro da classe das normas, e não em sua divisão em duas classes.[81]

A segunda tese, prossegue Alexy, é representada por quantos admitem que as normas, de modo relevante, se repartem em princípios e regras, mas pondera que essa distinção se faz de forma *gradual*.[82] Seus adeptos, via de regra, são aqueles numerosos autores que se valem do grau de generalidade por critério decisivo de distinção.[83]

A terceira tese, enfim, vem a ser aquela que Alexy julga correta e consiste em afirmar que entre os princípios e as regras não impera tão-somente uma distinção de *grau*, mas de *qualidade* também. Unicamente essa tese consente fazer uma distinção estrita entre as normas.[84]

O critério gradualista-qualitativo de Alexy não se acha contido, conforme ele mesmo declara, na lista dos critérios referidos, mas explica a maior parte daqueles até então tradicionais e que se reputavam decisivos.

Ponto determinante desse critério – entendidos os princípios como "mandamentos de otimização" (*Optimierungsgebot*) – é o reconhecimento de que *eles* são normas.[85]

80. R. Alexy, ob. cit., p. 46.
81. R. Alexy, ob. cit., p. 75, e Wittgenstein, "Philosophische Untersuchungen", in *Schriften*, v. I, §§ 66, 67.
82. R. Alexy, ob. cit., p. 75.
83. R. Alexy, ob. cit., p. 75.
84. R. Alexy, ob. cit., p. 75.
85. R. Alexy, ob. cit., p. 76.

Mas normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas.[86]

Daqui resulta, segundo ele, que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de direção contrária.[87] Por outro lado, as regras, prossegue Alexy, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos.[88]

Demais disso, como as regras contêm, desse modo, *estipulações* no espaço fático e jurídico do possível, isto significa, segundo ele, que, então, existe aí, entre as regras e os princípios, distinção qualitativa, e não de grau, e que toda norma é regra ou princípio.[89]

15 *O conflito de regras se resolve na dimensão da "validade", a colisão de princípios na dimensão do "valor"*

Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico.[90] Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito.[91] Afirma Alexy: "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)". Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.[92]

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um

86. R. Alexy, ob. cit., p. 76.
87. R. Alexy, ob. cit., p. 76.
88. R. Alexy, ob. cit., p. 76.
89. R. Alexy, ob. cit., p. 77.
90. R. Alexy, ob. cit., p. 77.
91. R. Alexy, ob. cit., p. 77.
92. Ob. cit., p. 78.

dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.[93]

Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um *peso* diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.[94]

Já, os conflitos de regras – assevera o eminente Jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.[95]

Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores.

Teoriza Alexy na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui reside a inteira contemporaneidade, bem como a importância vanguardeira de seu pensamento jurídico tocante ao valor normativo dos princípios.

16. As objeções ao conceito de princípio de Alexy

Contra o conceito de princípio formulado por Alexy levantam-se, contudo, conforme ele mesmo arrolou, três objeções principais.

A primeira forceja por demonstrar a existência de colisões de princípios que se resolvem mediante a declaração de invalidade de um deles.[96] Mas logo adiante atalha o abalizado Mestre, mostrando que, "tocante ao problema da invalidade dos princípios (*Ungültigkeit von Prinzipien*), trata-se de princípios extremamente fracos, a saber, princípios que em nenhum caso prevalecem sobre os demais".[97]

A segunda objeção envolve a ocorrência de princípios absolutos. Jamais podem eles ser colocados, porém, numa relação de preferência

93. Ob. cit., p. 79.
94. Ob. cit., p. 79.
95. R. Alexy, ob. cit., p. 79.
96. R. Alexy, ob. cit., p. 93.
97. R. Alexy, ob. cit., p. 93.

perante outros princípios.[98] Aqui rebate o Autor da "Teoria dos Direitos Fundamentais":

"Se existem princípios absolutos, então cabe modificar a definição do conceito de princípio, visto que, se um princípio, em caso de colisão, precede todos os demais princípios, e também o de que uma regra estabelecida se há de seguir, significa que sua realização não conheceria limites jurídicos. Haveria somente fronteiras fáticas. Não seria aplicável o teorema da colisão."[99]

A terceira objeção é a de que o conceito de princípio é demasiado vasto e, portanto, imprestável, ou seja, inútil, porque faria objeto de avaliação todos os interesses possíveis.[100]

Essa é a mais fraca das objeções, e a ela pouca ou nenhuma atenção lhe concede o formulador da nova teoria dos princípios, salvo para patentear sua divergência com Dworkin, que entende de maneira restritiva os princípios, fazendo dos bens coletivos meras *policies*, ao contrário de Alexy, que alarga o conceito e insere neste os referidos bens. Em Dworkin os princípios entendem unicamente com os direitos individuais, o que já não acontece com Alexy, cujo conceito tem mais amplitude.

17. A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições: a contribuição de Dworkin na idade do pós-positivismo

A distinção entre regras e princípios é também, como já vimos sumariamente, um dos pontos centrais da original concepção de Dworkin sobre normas jurídicas. Em muitos aspectos coincide com a do Professor alemão cuja teoria acerca da normatividade dos princípios se inspira em grande parte nas sugestões do Mestre de Harvard.

Vejamos, a seguir, abreviadamente, o pensamento de Dworkin acerca dos princípios, cuja normatividade foi, conforme temos reiteradamente assinalado, dos primeiros em admiti-la com toda a consistência e solidez conceitual, posto que com as insuficiências e imperfeições restritivas corrigidas por Alexy, ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios, cujo raio de abrangência ele alargou, com maior rigor científico. A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições.

98. R. Alexy, ob. cit., p. 93.
99. R. Alexy, ob. cit., p. 94.
100. R. Alexy, ob. cit., p. 93.

Revertamos a Dworkin. As regras, segundo ele, são aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*an all or nothing*). Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, averba ele, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão.[101]

Sempre que se tratar de regra, para torná-la mais precisa e completa, faz-se mister enumerar-lhe todas as exceções.[102] O conceito de validade da regra é conceito de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão de *peso*, que pertence à natureza do princípio. Entenda-se bem: *peso* ou *valor*.[103]

A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância.

Das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso.[104]

Na mesma ordem de considerações: "Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras".[105]

As soluções possíveis para o conflito, referidas por Dworkin, são as seguintes: um sistema legal pode regular tais conflitos por outras regras, de preferência a que for decretada pela autoridade mais alta; a regra que houver sido formulada primeiro; a mais específica ou algo dessa natureza e, finalmente, a que tiver o apoio dos princípios mais importantes.[106]

Só as regras ditam resultados – pondera Dworkin – não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada – prossegue ele – ao passo que com os princípios tal não se verifica, pois com estes não se procede assim; se eles se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos.[107]

O princípio – diz, ainda, Dworkin – pode ser relevante, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipula uma solução particular. E quem houver de tomar a decisão levará em conta todos os princípios envolvidos, elegendo um deles, sem que isso signifique, todavia, identificá-lo como "válido".[108]

101. R. Dworkin, ob. cit., p. 24.
102. R. Dworkin, ob. cit., p. 25.
103. R. Dworkin, ob. cit., p. 24.
104. R. Dworkin, ob. cit., p. 27.
105. R. Dworkin, ob. cit., p. 27.
106. R. Dworkin, ob. cit., p. 27.

18. *As distintas dimensões dos princípios: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa (Trabucchi e Bobbio)*

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. de Castro, que, "antecipando-se genialmente à Dogmática alemã", conforme assinalou Valdés,[109] assim as compendiou: a função de ser "fundamento da ordem jurídica", com "eficácia derrogatória e diretiva", sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de "fonte em caso de insuficiência da lei e do costume", sendo a segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais, sobretudo a última, que em grande parte remonta àquela época em que ainda preponderava, segundo palavras de Norberto Bobbio, o entendimento – naturalmente equivocado – de que os princípios não são normas nem, tampouco, redutíveis a nor-

107. R. Dworkin, ob. cit., p. 27.
108. Ob. cit., p. 72.
109. F. de Castro, *apud* Valdés, ob. cit., p. 53.

mas, e "portanto uma entidade *qualitativamente* diversa das normas (gerais e especiais)".[110]

Servindo os princípios, como diz Trabucchi, de "critérios inderrogáveis" ou "diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas", eles assumem, com toda a legitimidade, "a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes", conforme juristas contemporâneos de último assinalaram, avaliando, assim, o grau crescente de importância que a cada dia eles assumem em todos os domínios do Direito Público, com presença freqüente e culminante nas esferas da Justiça administrativa e da Justiça constitucional.[111]

Na classificação que fez dos princípios, Bobbio foi mais amplo ainda: reconheceu-lhes uma tetradimensionalidade funcional. Congregam eles, segundo Bobbio, as seguintes funções: a função interpretativa, a função integrativa, a função diretiva ("própria dos princípios programáticos da Constituição") e a função limitativa, sendo máximo o grau de "intensidade vinculante" dos princípios no exercício das funções limitativa e integrativa, e diminuto ou declinante em se tratando das funções interpretativa e diretiva.[112]

19. A conexidade da "jurisprudência dos valores" ou "jurisprudência dos princípios" com a "jurisprudência dos problemas" (a Tópica)

A "jurisprudência dos valores", que é a mesma "jurisprudência dos princípios", se interpenetra com a "jurisprudência dos problemas" (Viehweg-Zippelius-Enterría) e domina o constitucionalismo contemporâneo.

Forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da teoria material da Constituição. Fornece, por isso mesmo, os critérios e meios interpretativos de que se necessita para um mais amplo acesso à tríade normativa – regra, princípio e valor – que tanta importância possui para penetrar e sondar o sentido e a direção que o Direito Constitucional toma tocante à aplicabilidade imediata de seus preceitos.

Da afinidade das duas escolas ou direções jurisprudenciais – a dos valores ou princípios e a dos problemas – já nos dava notícia, em fins da

110. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., p. 889.
111. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 46, e Flórez-Valdés, ob. cit., p. 54.
112. Norberto Bobbio, "Principi...", cit., pp. 895 e 896.

década de 1970, na primeira edição de seu *Direito Constitucional*, o Professor Gomes Canotilho, da Universidade de Coimbra.

Exprimia-se o douto Catedrático nestes termos: "Claro que não bastará uma relacionação material dos *topoi* com problemas; é preciso encontrar *medidas de valoração* dos pontos de vista possíveis, ou seja, determinar as *medidas de relevância*, os princípios selecionadores dos *topoi* incidentes sobre o problema. É esta a intenção da moderna problemática dos princípios de interpretação da Constituição. Deve notar-se a divergência comum da jurisprudência valorativa e da jurisprudência tópica neste ponto concreto. Como vimos, a jurisprudência dos interesses procurava, através do sistema de valores, uma unidade integrante e ordenadora; agora é a jurisprudência tópica que, para não cair no casuísmo dos *topoi*, procura *medidas de relevância* capazes de estabelecer uma certa unidade sistemática. A idéia de sistema não é, porém, a idéia do sistema fechado de conceitos do pandectismo, mas a de um sistema *aberto* e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica".[113]

20. A jurisprudência dos princípios, enquanto "jurisprudência dos valores", domina a idade do pós-positivismo

Os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.

Quando Forsthoff investiu desesperadamente contra a jurisprudência dos valores na década de 1960, ferindo com os constitucionalistas da Tópica e da metodologia científico-espiritual uma das mais célebres batalhas deste século em matéria constitucional, ressalvou, com extrema lucidez, no calor da polêmica, conforme demonstrou García de Enterría, que "a superação do positivismo de nenhum modo pode implicar o abandono da positividade do Direito". Com estas palavras textuais, García de Enterría interpretou corretamente a crítica tão incompreendida e ao mesmo passo tão intempestiva do velho Professor de Heidelberg aos fundadores da Nova Hermenêutica constitucional.[114]

113. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1977, p. 222.
114. E. García de Enterría, ob. cit., p. 51.

Vendo nos princípios, em primeiro lugar, a expressão de uma justiça material, Enterría afirma que eles estão "conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito", deslocando-se de "uma metafísica da justiça" para uma "axiomática da matéria legal", sem que "esta técnica ou jurisprudência *principial*" tenha algo que ver, segundo ele, com os movimentos românticos e naturalistas do "Direito livre", da Sociologia Jurídica e do *behaviorismo* ou *legal realism*, bem como com o pragmatismo da jurisprudência dos valores, os quais – prossegue, ainda de maneira textual, o eminente Catedrático espanhol –, em busca dos valores materiais e por fugirem do ambiente rarefeito do legalismo estrito, dissolviam a complexa objetividade e positividade do Direito.[115]

Não é à toa, por conseguinte, que Enterría não trepida em asseverar que "a afirmação e o desenvolvimento desta jurisprudência de princípios dominam *avassaladoramente* o momento atual da Ciência Jurídica (...)".[116]

21. Os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Há cerca de meio século, Crisafulli já bradava contra aquilo que lhe parecia a distorção contemporânea das normas programáticas da Constituição: a "figura dogmática" dessas normas, empregadas para tolher a juridicidade da Constituição ou, na mais branda das hipóteses, para restringir "a imperatividade efetiva e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, frustrando a expensas dos cidadãos as garantias solenemente proclamadas da Constituição".[117]

Já naquela época o insigne Constitucionalista italiano podia exarar acerca dos princípios um conceito que também rasgava os horizontes do

115. E. García de Enterría, ob. cit., p. 31.
116. Ob. cit., p. 31.
117. V. Crisafulli, *La Costituzione...*, cit., p. 101.

futuro, por vislumbrar com toda a clareza a doutrina que acabou imperando em nossos dias, ao asseverar: "É claro, com efeito, que todas as normas jurídicas são por definição *preceptivas* e assim portanto os princípios gerais, que, não sendo outra coisa senão normas jurídicas, posto que com algumas características especiais, são necessariamente também, eles todos, *preceptivos*".[118]

Diz o mesmo Crisafulli, ocupando-se ainda da normatividade dos princípios: "(...) se os princípios fossem simples diretivas teóricas, necessário seria, então, admitir coerentemente que em tais hipóteses a norma é posta pelo juiz, e não, ao contrário, por este somente *aplicada* a um caso concreto".[119]

Em *A Constituição Aberta*, sobre a normatividade dos princípios, invocamos a autoridade de Peczenik. Realmente, "com idêntica firmeza e abrangência, Peczenik: os princípios são proposições normativas e não declarações descritivas; acrescenta o jurista que eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade (*actually*) ("Principles are normative propositions. They are not descriptive statements. They are what ought to be and what is permitted, not what actually is the case")'".[120]

Sobre o assunto escrevemos, ainda no mesmo livro: "A superioridade normativa do princípio é assinalada com a força da reflexão jurídica na obra *Introdução ao Direito Administrativo*, de Agostín Gordillo, abalizado Jurista argentino. Centro dos critérios valorativos da Constituição, o princípio ostenta aquela 'idoneidade normativa irradiante', referida por Canotilho. Mas tornemos a Gordillo: 'Diremos então que os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro no qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...). A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito'".[121]

118. V. Crisafulli, *La Costituzione...*, cit., p. 152.
119. *La Costituzione...*, cit., p. 16.
120. Alexandre Peczenik, "Principles of law", in *Rechtstheorie*, v. 2, p. 179. V. também Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, p. 179.
121. Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, *apud* Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, p. 97.

Com a crise do positivismo, diz um jurista espanhol, já se pode falar numa *concepção principial* do Direito; já se pode, segundo ele, "detectar o nascimento de novas doutrinas" que intentam regenerar as concepções pertinentes aos princípios gerais de Direito.

Sendo esses princípios, no entendimento do mesmo autor, uma fonte material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, "com virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los",[122] acabam por se converter, sem sombra de dúvida, numa "superfonte", porquanto, refere ainda, "podem ser fonte das mesmas fontes".[123]

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

22. *A teoria contemporânea dos princípios: do tratamento jusprivatista dos Códigos ao tratamento juspublicístico nas Constituições, com o advento de um novo Estado de Direito*

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

122. Flórez-Valdés, ob. cit., p. 55.
123. Flórez-Valdés, ob. cit., p. 55.

A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência *principial*, a que se reporta, com toda a argúcia, García de Enterría.

Essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios.

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à "questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico", conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios![124]

23. *Os princípios gerais de Direito e os princípios constitucionais*

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Ser-

124. F. C. de Diego, "Prológo", cit., p. 11.

vindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Ocorre isto, em verdade – podemos asseverar – quando, no dizer de Gordillo Cañas, a Constituição incorpora uma "ordem objetiva de valores", qual acontece, segundo ele, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da "ordem política e da paz social".[125]

A Constituição faz transparecer com os princípios uma "superlegalidade material" e se torna, prossegue Gordillo Cañas, simultaneamente, "fonte primária do ordenamento e ao mesmo tempo fonte subordinada do mesmo: ao obter este sua primária expressão reflexa, se declara derivado e subordinado à ordem dos valores socialmente professados".[126]

A Constituição, segundo esse jurista, aparece também como "gérmen *principial* do ordenamento", e "é o elemento que faltava para a explicação acabada e satisfatória da teoria das fontes". Enfim, assevera aquele conspícuo Jurista, "a Constituição, ao mesmo tempo que fonte primária em sua consideração formal, é fonte material ou de conteúdo", porquanto – pondera igualmente – "não só assinala o *ubi jus*, senão que indica também o *unde jus*", ou seja, onde o Direito se localiza e donde o Direito procede.[127]

Tudo isso se faz extremamente claro desde que a Constituição, sendo, como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do "consenso social sobre os valores básicos", se torna, na imagem de Gordillo, o "*alfa* e *omega*" da ordem jurídica, fazendo, ao nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema.

Erra, porém, Gordillo em não admitir que os princípios constitucionais estejam a ocupar o lugar dos antigos princípios gerais de Direito ou em negar que tenha havido hoje uma justificada "unificação dos princípios gerais de Direito em torno dos princípios constitucionais", tendo seu erro por base a falta de discernimento em perceber que desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução *principial*, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições.

125. "Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho", in *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, p. 469.

126. Ob. cit., p. 510.

127. A. Gordillo Cañas, ob. cit., p. 513.

Mas são dignas de reflexão as ponderações de Gordillo Cañas ao levantar a questão da mudança de natureza dos princípios "pelo fato de encontrarem consagração e formulação na lei constituinte". Diz ele: "Os princípios, como fonte material do Direito, carecem de autonomia formal; mas isso não implica que, por essa mesma razão, hajam de perder sua substantividade e especialidade normativa. Incorporados à Constituição, adquirem nela o mais alto grau normativo a serviço de sua função informadora do ordenamento, mas nem por isso ficam convertidos em lei formal, do mesmo modo que a versão escrita do costume não o priva de seu peculiar caráter de norma consuetudinária. Uma diferença separa a norma legal da norma principial: a primeira é uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções; o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitado por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial".[128]

A partir desse ponto, o jurista formula a conclusão de que "a constitucionalização dos valores básicos e dos princípios deles derivados não somente coloca o juiz no marco necessário de uma jurisprudência de valores, senão que acolhe o fundamento básico e assinala o sentido inspirador nos quais deverá desenvolver-se o exercício do poder legislativo".[129]

Em suma – no entendimento do sobredito jurista – legislador, juiz e tribunal constitucional, este numa "posição singularíssima", estão convocados a implantar a concepção *principial* do ordenamento jurídico na sua "tendência, sempre por alcançar, de perfeita explicitação e aplicação normativa".[130]

128. Ob. cit., p. 515.

129. A. Gordillo Cañas, ob. cit., p. 515.

130. A. Gordillo Cañas, ob. cit., p. 515.

Em *A Constituição Aberta*, escrevemos:

"Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância decorre em grande parte de um máximo poder de legitimação, que lhes é inerente.

"Afirmar que os princípios garantem unicamente a parte 'organizativa' da Constituição, a estrutura e a competência dos órgãos constitucionais, como adverte muito bem Sergio Fois, seria privá-lo de eficácia juridicamente vinculante para a proteção e a garantia dos indivíduos e dos grupos sociais, 'comprometendo o valor e a funcionalidade de todo o sistema constitucional, cujas várias partes se ligam estreitamente"'.[131]

Devemos frisar que a constitucionalização dos princípios abre em definitivo a porta para uma concepção do Direito nos termos postos por Luís-Diez Picazo, cujas considerações nesse sentido, inspiradas na obra jurídica e renovadora do jurista espanhol F. de Castro, contemplavam, dentro no Direito Público, tão-somente os laços com o Direito Administrativo, e não propriamente com o Direito Constitucional, conforme ficou acima expresso.

Assevera Diez Picazo: "A este modo de conceber o Direito e de realizá-lo e que se move através dos princípios, creio que se lhe pode chamar com justiça de concepção principialista do Direito. Na concepção e no modo de operar principialista, o jurista trata, antes de tudo, de descobrir os princípios gerais atuantes nas normas e nas instituições".[132]

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.

Alguns sistemas já lhes reconhecem a chamada "função informativa" ou função fundamentadora, ponto de partida para o inequívoco reconhecimento da liquidez da ascensão dos princípios aos andaimes mais

131. Sergio Fois, *Principi Costituzionali e Libera Manifestazione del Pensiero*, p. 9, e Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, p. 181.

132. "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro", in *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3º, out./dez. 1983, p. 1.263.

elevados do ordenamento jurídico, onde costumavam aparecer ao começo como fontes meramente terciárias, de natureza civilista e supletória, ou seja, na expressão lapidar de Gordillo Cañas, "*in extremis* ante a fatalidade das lacunas legais".[133]

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa.

Ocupam doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar, como temos reiteradamente assinalado, em Estado *principial*, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito.

É este um dos importantíssimos aspectos do Direito, acerca dos quais a teoria material da Constituição, ao valorar objetivamente os princípios, vem espargir luz. Com efeito, luz projetada sobre a compreensão de dimensões ainda há pouco obscuras ou encobertas no debate metodológico a respeito da natureza e da extensão da própria norma constitucional, quanto a seu conteúdo e alcance, fora, portanto, de reduções meramente formais.

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, dando, assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na Constituição.

Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios *supralegais*, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida já de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista.

133. Ob. cit., pp. 473 e 474.

Tais princípios, sendo os próprios princípios constitucionais, removem dificuldades, as quais só retornariam se, por transmutação semântica, passassem a se chamar extraconstitucionais, consoante insistem adeptos de um neojusnaturalismo ainda influente em algumas regiões da doutrina.

A extraconstitucionalidade ocasionaria efeitos nocivos, por inculcar outra vez a perda dos progressos normativos, e importar o sacrifício doutrinário dos elementos substanciais de positividade, ínsitos aos princípios e reconhecidos por uma teorização material dos mesmos.

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de jurisdicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

24. A teoria dos princípios no Direito Constitucional brasileiro

Dos juristas brasileiros que, de último, proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição, ocupa, sem dúvida, lugar de destaque o Professor Eros Roberto Grau, que, no capítulo intitulado "Os princípios e as regras jurídicas", de sua monografia *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, desenvolve conclusões deste teor:

"Pois bem, quanto aos *princípios positivos do Direito*, evidentemente reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse, forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, p. ex., quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 não enuncia norma jurídica ao afirmar que 'todos são iguais perante a lei (...)'.

"Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente – tal como nos arts. 1º, 2º, 17, 18, 37, *v.g.* – autênticas espécies de norma jurídica. Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como o demonstra Jean Boulanger, os primeiros portam em si o pressuposto de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*), suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável com outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras *normas jurídicas incompletas*. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido da validade delas."[134]

134. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*, p. 125. Também no Direito Português é deveras significativa a posição do Professor Jorge Miranda, com respeito à normatividade dos princípios. Basicamente coincide ela com a do Professor Eros Grau. Com efeito, escreve o abalizado constitucionalista da Universidade de Lisboa:

"Certo, os princípios são ainda necessariamente normativos, incorporam um dever ser, consistem em comandos da mesma natureza da das normas-preceitos. Com a referência explícita que se lhes faz trata-se, porém, de procurar uma visão mais ampla da ordem social normativa que é o Direito do que aquela que decorreria de uma qualquer concepção positivista, literalista e absolutizante das fontes legais" (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. I, t. II, p. 513).

Capítulo 9

O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1. O controle da constitucionalidade, uma conseqüência das Constituições rígidas. 2. O controle formal. 3. O controle material. 4. O controle por um órgão político. 5. O controle por um órgão jurisdicional: A) O controle por via de exceção (controle concreto); B) O controle por via de ação (controle abstrato). 6. O sistema americano de controle da constitucionalidade das leis. 7. A exclusão das questões políticas tocante ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 8. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis: A) A via de exceção, um controle já tradicional; B) A moderna introdução da via de ação; C) Controvérsia sobre a iniciativa do controle por via de ação no Direito Constitucional brasileiro; D) A solução do problema pela Constituição de 1988. 9. O controle abstrato de constitucionalidade: "nulidade" e "incompatibilidade" de normas jurídicas inconstitucionais.

1. O controle da constitucionalidade, uma conseqüência das Constituições rígidas

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.

A conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da "superlegalidade constitucional", que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida. Até aqui há entendimento pacífico. As dificuldades principiam porém quando se trata de alcançar os meios com que expungir do sistema normativo as leis inconstitucionais.

O ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.

O controle de constitucionalidade das leis ora se apresenta como controle formal, ora insere características de um controle material. Vejamos previamente essas duas categorias distintas, visto que de seu exame talvez advenha uma explicação para a preferência eventualmente concedida a cada uma das formas básicas de controle de constitucionalidade; o controle por um órgão político e o controle por um órgão jurisdicional.

2. O controle formal

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

O controle, que é de feição técnica, está volvido assim para aspectos tão-somente formais, não ajuizando acerca do conteúdo ou substân-

cia da norma impugnada. O exercício desse controle não oferece tantas dificuldades nem alcança grau tão alto de controvérsia como o que decorre do controle material de constitucionalidade.

O controle formal se refere "ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei".[1] É controle que se exerce nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes, conforme já assinalamos.

O órgão controlador examina aí formalidades relativas, por exemplo, à harmonia da colaboração do Parlamento com o Governo ao elaborarem a norma; não examina o conteúdo das decisões.[2]

Tendo por objetivo um mero acatamento às formas constitucionais, de modo que não haja desrespeito à forma prescrita nem o órgão legiferante ao fazer a lei exceda a competência respectiva, o controle formal pode exercer-se *juridicamente*, e a justiça que o desempenha é, com efeito, como afirma Rui Barbosa, "um poder de hermenêutica e não um poder de legislação".[3]

Mas isso seria ainda muito pouco, quando o que se tem em vista nos países de Constituição rígida é instituir um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica da liberdade em nome do Estado de direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos e não, como sói acontecer nos organismos totalitários, técnica que reduz o homem a meio e não fim. Daqui a necessidade de partir para um controle material de constitucionalidade das leis.

3. *O controle material*

As Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a Sociedade e não para o Poder. Robespierre, sem embargo da insânia revolucionária que o acometeu nos dias do Terror, proferiu uma verdade lapidar quando disse: "A Declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos".[4]

1. José Luiz de Anhaia Mello, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, p. 97.

2. Jacques Cadart, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, p. 149.

3. Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", in *Obras Seletas de Rui Barbosa*, p. 83.

4. "La Declaration des Droits est la Constitution de tous les Peuples...", Robespierre, *Moniteur*, t. XVI, p. 464, *apud* A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel*, 7ª ed., I, p. 596.

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja conseqüência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal.[5]

4. *O controle por um órgão político*

Determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão exercitante uma posição de preeminência no Estado, cuidam mais adequado e aconselhável cometê-lo a um corpo político, normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-lo aos tribunais.

Esse órgão pode ser uma assembléia como um conselho ou comitê constitucional. O país onde tal controle primeiro floresceu foi a França, que o viu nascer da obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa: o jurista Sieyès. Com propor ele um mecanismo político de controle, cuidava interpretar e remediar o sentimento nacional de

5. Aconteceria aquilo que D'Argentré profligou perante os juízes de seu tempo, conforme lembra Rui Barbosa: "Cur de leges judicas, qui sedes ut secundum leges judices?" ("Por que te abalanças a julgar das leis, quando o teu cargo é julgar segundo as leis?") (Rui Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, 2ª ed., p. 77).

desconfiança contra os tribunais do *ancien régime*. No Ano III trazia Sieyès à Convenção o seu projeto de criação de um "Jurie Constitutionnaire", de natureza representativa, dotado de competência para anular leis e julgar reclamações contra atos inconstitucionais. O projeto porém esbarrou em muitos óbices, sendo rejeitado por unanimidade pela Convenção.

Via Thibaudeau no *Jurie Constitutionnaire* de Sieyès um "poder monstruoso", que "seria tudo no Estado e que pretendendo dar aos poderes públicos um guardião, dar-lhes-ia um senhor com que os acorrentar para mais facilmente subjugá-los".[6]

A mesma idéia vimos Sieyès retomá-la ao preparar depois a Constituição do Ano VIII, que instituiu o "Senado Conservador", com poderes para decretar espontaneamente ou por iniciativa do Tribunato a inconstitucionalidade de atos legislativos. A experiência contudo malogrou. Teve o órgão existência servil e efêmera; dobrou-se sempre à vontade de Napoleão, sem jamais desempenhar a função que lhe fora constitucionalmente cometida.

O controle por um órgão político, na história das instituições francesas, conheceu outras tentativas igualmente malsucedidas: a do Senado da Constituição de 14 de janeiro de 1852 e a do Comitê Constitucional da Constituição de 27 de outubro de 1946. O primeiro se transformou praticamente numa segunda Câmara Legislativa enquanto o segundo se caracterizou por seu desempenho medíocre e obscuro.

As esperanças de estabelecer um verdadeiro controle de constitucionalidade por via de um órgão mais sério de natureza política, renasceram em França com o Conselho Constitucional da Constituição de 1958.

De conformidade com o art. 62 dessa Constituição, "as decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso" e "se impõem a todos os poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais". O art. 56 fixa a composição do Conselho, de que fazem parte nove membros com mandato de nove anos, não podendo ser reconduzidos.

A Constituição soviética de 1936, de inspiração stalinista, também adotou o controle de constitucionalidade por um órgão político.

A meta do controle político é, segundo Michel-Henry Fabre, assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais. O seu principal efeito, acrescenta o publicista, consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional.[7]

6. Palavras de Thibaudeau, na sessão 24 do Thermidor, in *Moniteur* (reimp.), t. XXV, p. 487, *apud* Julien Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., p. 311.

Distingue o mesmo autor na doutrina corrente duas categorias de controle político: o controle prévio, que antecede a votação da lei, e o controle *a posteriori*, feito após a votação da lei. O primeiro se exerce durante a tramitação do texto, podendo nele intervir a segunda Câmara ou o Chefe de Estado. O controle político de mais autenticidade é porém aquele que se faz *a posteriori* com a lei conseqüentemente promulgada (perfeita) ou pelo menos já votada.[8]

5. *O controle por um órgão jurisdicional*

Uma segunda técnica de controle da constitucionalidade da lei é aquela que entrega o exercício dessa competência a um órgão jurisdicional. Produz a adoção do sistema em apreço um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminencialmente política.

Com efeito, ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. Graves objeções relativas pois à preservação de princípios básicos como os da separação e igualdade de poderes acompanham de perto a fórmula do controle judiciário, sem contudo lograr uma quebra da extraordinária importância que se tem atribuído ao seu emprego desde a célebre sentença do juiz Marshall na questão constitucional "Marbury *vs.* Madison". Há publicistas que, aferrados à tese da inteira neutralidade de procedimento jurisdicional, vêem no controle uma aferição estritamente jurídica dos atos inconstitucionais.

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.

7. M.-Henry Fabre, *Principes Républicains de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., p. 157.

8. M.-Henry Fabre, ob. cit., p. 157.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis consagra duas formas básicas: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

A) O controle por via de exceção (controle concreto)

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo.[9] A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda.[10] É controle por via incidental.[11]

9. "Nunca devem os juízes pronunciar-se acerca de uma lei", dizia Madison, "senão quando sobre ela se demandar perante eles" ("They ought never to give their opinion on a law, until it comes before them"). A citação é feita por Rui Barbosa, que alude a Butler e Carson, donde a extraiu. O abalizado jurista acrescenta a seguir que "o primeiro caráter de todo litígio é a provocação do interessado", dando "impulso à intervenção judicial". Veja-se Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", XI, p. 83.

O mesmo Rui noutra obra cita também sobre o assunto o Professor Muensterberg, de Harvard: "Não lhe cai na alçada a questão jurídica, enquanto se lhe não ofereça um caso concreto por decidir, e a Corte Suprema sempre se tem negado a firmar interpretações teóricas, não se antecipando nunca ao reclamo atual de uma demanda em juízo. Já no século dezoito o próprio Washington lhe não obteve resposta a uma questão de ordem geral. E, ainda em se suscitando efetivamente o pleito, a Corte Suprema não estatui que certa e determinada lei é írrita e nenhuma: cifra-se a deslindar o caso ocorrente, indicando os fundamentos jurídicos, onde estriba a decisão. A se verificar então divergência entre duas leis, o julgador, apoiando-se numa contra a outra, acentua, aplicadamente, os motivos da seleção. Verdade seja que desta sorte, nunca se sentencia mais que um litígio; mas desde então, graças às normas do *common law*, a decisão proferida estabelece jurisprudência, que leva ulteriormente, assim as justiças inferiores, como a própria Corte Suprema, a conformar com o aresto os seus julgados. Exautorada assim (*superseded*), a lei da legislatura (*the legislative law*) vem a ficar praticamente *anulada* (*practically annulled*), tornando-se como *não existente* (*non existent*)" (Rui Barbosa, *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, v. I, pp. 51/52).

10. Ou, como diz Rui Barbosa: "O ato criminado subsiste no corpo geral das leis ou dos decretos, enquanto o poder competente o não desfizer (...). Essa função, pois, não obra senão caso a caso, a favor dos que reivindicarem a imunidade constitucional, não atuando para a série das espécies afins, senão moralmente, pelo prestígio do julgado, pela concludência de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões" (Rui, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, ob. cit., p. 121). Distingue Rui entre *declarar a nulidade*, que é o que fazem com as leis os juízes ao exercitarem o controle por via de exceção, e *anulação*. Escreve o constitucionalista: "Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *anular*. Declarar a nulidade, isso fazem os tribunais, legitimamente, a respeito de leis ordinárias, quando inconciliáveis com a lei fundamental. Em tais casos *declarar nula* uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Hão de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese nenhuma, como conclusão da sentença e objeto do julgado" (Rui, *O Direito do Amazonas...*, v. I, ob. cit., p. 103).

Depois de verberar em *O Direito do Amazonas* a impropriedade da linguagem ou incorreção de quantos falam em "leis anuladas por sentenças", como se sentenças pudessem *anular* leis, Rui na obra clássica sobre *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo* escreve: "Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam; desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo por eles agravado que vem requerer contra eles proteção ou reparação, que demanda a manutenção do direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir e deferir" (Rui Barbosa, *Os Atos Inconstitucionais*, ob. cit., p. 97).

11. Ceretti assim esclarece o que seja "via incidental" no sistema jurídico italiano: "Diz-se por via incidental porque constitui *incidente* do julgamento principal que se desenvolve perante uma autoridade jurisdicional, ordinária ou administrativa, civil ou penal, constituída por órgãos judiciários ordinários ou por seções especializadas ou também, até que continue a existir, por alguns juízes especiais". Veja-se Carlos Ceretti, *Diritto Costituzionale Italiano*, 7ª ed., p. 602.

12. Com respeito à via de exceção e sua natureza, uma das exposições mais claras, sucintas e didáticas que se conhecem é ainda aquela ministrada por Rui Barbosa nas conclusões clássicas expendidas sobre essa matéria. Primeiro estabeleceu ele as seguintes premissas:

"O poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição.

"Toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional.

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutro feito, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. É a chamada relatividade da coisa julgada. Nada obsta pois a que noutro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.[12]

A aplicação não ocorrerá naturalmente se uma das partes, invocando a exceção de inconstitucionalidade, tiver sua pretensão deferida pelo

"Por maioria de razão, inconstitucionais são as deliberações não-legislativas de uma câmara, ou de ambas, que interessarem esfera vedada ao poder Legislativo" (Rui, *Atos Inconstitucionais*, ob. cit., p. 42).

"Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula.

"Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao 'Executivo'" (Rui, *Atos...*, ob. cit., p. 49).

Em seguida, compendiou as condições da via de exceção nestes requisitos elementares:

"Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.

"Que essa intervenção se determine por ação regular, segundo as formas técnicas do processo.

"Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional dos Poderes Legislativo, ou Executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.

"Que a decisão se circunscreve ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão.

"Que o julgado não seja exeqüendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais" (Rui, *Atos...*, ob. cit., pp. 128/129).

Enfim, consubstanciou todas estas regras numa única, que traduz excelentemente a técnica do controle jurisdicional por via de exceção:

"A inaplicabilidade do ato inconstitucional dos Poderes Executivo, ou Legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes" (Rui, *Atos Inconstitucionais*, ob. cit., pp. 128/129.)

Os princípios que regem a via de exceção foram igualmente resumidos com rigor e clareza por Alfredo Buzaid, que assim os enuncia:

"*a*) O tribunal não se pronunciará sobre a constitucionalidade de uma lei, salvo em litígio regularmente submetido ao seu conhecimento;

"*b*) Nenhum tribunal se manifestará sobre a validade de uma lei senão quando isso for absolutamente necessário para a decisão do caso concreto;

"*c*) A declaração de inconstitucionalidade importa nulidade da lei, não no sentido de revogá-la, o que constitui função do Poder Legislativo, mas no sentido de lhe negar aplicação no caso concreto;

"*d*) O exame sobre a inconstitucionalidade representa *questão prejudicial*, não a *questão principal* debatida na causa, por isso o juiz não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença;

"*e*) O tribunal só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade, quando ela emanar de pessoa, cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei" (Alfredo Buzaid, "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro", in *Revista Forense* 179/16, set.-out. 1958).

juiz. Pode o juiz todavia recusar a exceção perfilhando a tese exatamente oposta àquela que prevaleceu na primeira hipótese de aplicação, há pouco referida.

A segurança jurídica nesse caso padeceria contudo um considerável abalo, em razão da incerteza daí resultante. Disso nasce aliás o inconveniente máximo que Laferrière descortina no sistema, em virtude de entregar a validade da lei a apreciações subjetivas de inconstitucionalidade, em ordem a gerar contradições e perplexidade.[13]

Mas no sistema clássico de semelhante controle, que é o americano, a ordem jurídica afasta esse perigo quando a declaração é feita por um aresto da Corte Suprema. Nenhum juiz ou tribunal se abalançaria a aplicar ali uma lei já inquinada do vício de inconstitucionalidade por decisão do mais alto órgão da Justiça americana.[14]

O controle jurisdicional nasceu nos Estados Unidos, sendo fruto de uma feliz reflexão acerca da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Reputou Grant o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis "uma contribuição das Américas à ciência política", conforme lembra Cappelletti.[15] Contribuição a nosso ver tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial de governo, formas políticas também desconhecidas até o advento do sistema republicano nos Estados Unidos.

A possibilidade de um controle jurisdicional permanecia contudo pálida e remotamente representada na Constituição federal dos Estados Unidos, de 1787, em seu art. VI, cláusula segunda, que dispunha: "Esta

13. Julien Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., p. 316.

14. Escreve o Professor Alfredo Buzaid: "A declaração de inconstitucionalidade, nos Estados Unidos, embora se dê *in casu*, tem eficácia absoluta. Escreveu *Lambert* que 'quando a Corte Suprema dos Estados Unidos decreta a inconstitucionalidade de uma lei federal, ou um tribunal superior do Estado, a de uma lei de sua legislatura local, esta afirmação liga, daí por diante, não só as jurisdições subordinadas, como também a jurisdição que a emitiu. Pelo jogo da *authoritative opinion*, a Corte, que, por ocasião de um processo determinado, declara nula uma lei, em virtude de inconstitucionalidade, firma de uma vez por todas a aplicação judiciária. Nenhum ato complementar se torna necessário. A decisão vale por si e obriga a todos. O Judiciário deixa de aplicar a lei, que subsiste como um ente morto no corpo legislativo. O prestígio desta solução foi tal, que um eminente autor norte-americano, embora reconhecendo que a decisão que decreta a inconstitucionalidade só vale para o caso concreto, qualificou o provimento de *veto judicial*'".

15. Veja-se James A. C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, *apud* Mauro Cappelletti, *Il Controllo Giudiziario della Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, p. 28.

Constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizerem para aplicá-las serão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado a ela se vincularão (...)" ou no teor do art. III, Seção 2, § 1º, que rezava: "O poder judiciário se estende a todas as causas, de direito ou de eqüidade, que terão sua fonte nesta Constituição, ou mais nas leis dos Estados Unidos e nos tratados celebrados debaixo de sua autoridade".

É de presumir que os constituintes de Filadélfia tivessem já presente ao espírito a necessidade de estabelecer um sistema de controle que fizesse as leis ordinárias sempre conformes à Constituição. Basta que se atente no lugar seguinte do *Federalista* onde Hamilton parece inculcar a conveniência desse controle. Senão vejamos: "Por uma Constituição limitativa, eu entendo aquela que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa, como por exemplo as de que não aprovarão *bills of attainder* nem leis *ex post facto* ou outras semelhantes. Tais limitações na prática somente poderão ser preservadas por via dos tribunais, cuja obrigação deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto (*manifest tenor*) da Constituição. Sem isto todas as reservas de direitos particulares ou privilégios se reduziriam a nada".[16]

Dessas humildes fontes Marshall provavelmente recolheu a inspiração que o conduziu ao desenvolvimento de um sólido e exemplar raciocínio acerca da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária.

Em verdade, a Constituição federal dos Estados Unidos não faz menção expressa de um controle de constitucionalidade das leis deferidas aos seus tribunais. Como não faz também nenhuma menção ao princípio da separação de poderes. Isto, todavia, não foi obstáculo a que Marshall, valendo-se de impecável lógica, demonstrasse no célebre aresto da questão "Marbury *vs.* Madison" que o princípio das Constituições rígidas impõe necessariamente aquela supremacia.

As reflexões do juiz foram literalmente do seguinte teor, conforme consta da sentença histórica. Os poderes do legislativo são definidos e limitados, sendo essa limitação a causa das Constituições escritas. Se não fossem eles definidos e limitados, por que reduzi-los à forma escrita, se a cada passo poderiam esses poderes ser alterados por aqueles cuja competência se pretende restringir?

16. "By a limited constitution, I understand one which contains certain specified exception to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post fact laws*, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing" (Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay, *The Federalist or the New Constitution*, p. 397).

Partiu assim Marshall para uma proposição evidente e incontestável: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio-termo entre tais alternativas. Logo, afirma ele: ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura.

Assevera na mesma ordem de idéias que, se um ato do legislativo, oposto à Constituição, é nulo, como pode ele – interroga –, sem embargo de sua invalidade, vincular tribunais e obrigá-los a reconhecer-lhe efeito?

Assinala ainda Marshall, em prosseguimento a esse irretorquível raciocínio, que é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição ignorando a lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesma do dever judiciário.[17]

B) O controle por via de ação (controle abstrato)

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais freqüência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.

17. Marshall, "Marbury *vs.* Madison", *apud* Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States*, pp. 87/88.

O órgão competente para julgar essa ação tanto poderá ser um tribunal ordinário como uma corte especial, a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim de jurisdição específica.

A teoria constitucional tem dado preferência a essa última modalidade de tribunais, atenta sem dúvida às objeções relativas ao reforço de poderes que o controle traria à jurisdição ordinária, fazendo assim avultar ainda mais o conflito dificilmente dissimulável entre o juiz e o legislador, com grave dano à pureza do princípio da separação de poderes.

É de assinalar que os escrúpulos doutrinários a esse respeito têm inclinado em matéria de controle de constitucionalidade diversos publicistas a se manifestarem mais favoráveis ao controle por via de exceção que por via de ação. Reputam o primeiro por sua natureza um controle de essência mais jurídica do que política e por isso mesmo mais fácil de acomodar-se a um sistema de Estado de direito com base na teoria clássica de Montesquieu.

Demais, o controle por via de ação não parece ser aquele que melhor se presta a resguardar os direitos individuais, os quais encontrariam proteção bem superior, do ponto de vista da eficácia, no remédio jurisdicional da via de exceção.

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais.

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

É óbvio que sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade podem perfeitamente abrir o controle por via de ação a todos os cidadãos, reconhecendo-lhes portanto o acesso direto aos tribunais ou às instâncias competentes para promover a anulação das leis inconstitucionais. O teor liberal dessa intervenção se reflete na possibilidade que tem o cidadão de expungir do ordenamento jurídico leis que importem infrações a direitos individuais.

A aplicação do controle de constitucionalidade das leis por via de ação tanto pode caber a um tribunal ordinário (uma Suprema Corte) como a um órgão jurisdicional especializado (um tribunal constitucional).

Do primeiro, é exemplo a Corte Federal da Suíça, país onde a via de ação se aplica unicamente às leis inconstitucionais votadas pelas assembléias cantonais. Não alcança a esfera legislativa federal, numa limitação atribuída por alguns ao influxo que sobre o direito público suíço exerceu a doutrina francesa de controle de constitucionalidade, diretamente sujeita à noção rousseauniana e revolucionária da lei "expressão da vontade geral" ou emanação imediata da soberania popular.[18] Mas tocante às leis cantonais, tanto ordinárias como constitucionais, o controle é amplíssimo e o recurso de inconstitucionalidade aberto a todo cidadão.

Do segundo, os mais frisantes exemplos procedem dos tribunais constitucionais da Áustria, da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal.

A idéia de constituir um órgão jurisdicional que enfeixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de "jurisdição concentrada" – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, de que foi ele abalizado inspirador.

Disso resultou o chamado sistema austríaco de controle da constitucionalidade, exercitado por "via principal" e concentrado numa Corte especial, em contraste com o sistema americano clássico, de controle difuso, por via de exceção, e que só se faz absoluto ou definitivo quando a decisão judicial se contém num aresto da Suprema Corte.[19]

A antiga Corte de Justiça Constitucional da Áustria somente se pronunciava sobre a constitucionalidade das leis federais quando provocada pelo Governo Federal, a quem cabia a iniciativa do processo por via de ação.

O sistema, interditando aos cidadãos tal iniciativa, não era dos instrumentos mais adequados a uma defesa direta das liberdades e direitos individuais. Com a reforma constitucional de 1929, a legitimação para

18. Joseph Barthélemy e Paul Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 210.

19. O controle difuso significa que todo juiz ordinário, não importa seu grau hierárquico, tem competência numa demanda para examinar e julgar a constitucionalidade de uma lei.

suscitar a controvérsia sobre constitucionalidade, reservada até então com exclusividade a órgãos políticos do Governo Federal, foi dilatada também a órgãos judiciários ordinários, como o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof*, que no entanto somente podiam atuar pela "via incidental" ou de "execução", fazendo assim o sistema austríaco tomar, segundo Cappelletti, um certo caráter híbrido, com a hibridez consistindo na presença de uma via de exceção paralela à via de ação.[20]

O sistema alemão de "jurisdição concentrada" nasceu da Lei Fundamental de Bonn (art. 92), de 23 de maio de 1949, que serve de Constituição à República Federal da Alemanha. Exerce o controle de constitucionalidade o Tribunal Constitucional de Karlsruhe, composto de duas Câmaras. Cada Câmara se compõe de 12 juízes, eleitos metade pelo *Bundestag* e metade pelo *Bundesrat*.

Uma das Câmaras conhece dos recursos constitucionais que importam atentados aos direitos fundamentais, ou seja, recursos impetrados por particulares, ao passo que a outra Câmara se especializa em questões de constitucionalidade pertinentes à salvaguarda do sistema federativo. As decisões dessa Corte, tendo força de lei, podem dar aos textos legais, que não sejam anulados, uma interpretação eficaz conforme à Constituição.

Na Alemanha, como todos os juízes ordinários podem submeter matéria de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional – e o fazem sempre pela via incidental em face de um caso concreto que se lhes ofereça – o sistema evidentemente se acerca, por esse aspecto, do modelo americano de controle.

Alguns publicistas vão mais longe em ordem a vislumbrar nesse sistema uma forma de hibridismo, porquanto a via de ação, bem que preponderante e característica, tem ao seu lado a via incidental, de que se servem os juízes comuns ao decidirem um caso concreto, remetendo-o primeiro à alçada do Tribunal Constitucional.

A Corte Constitucional da Itália é outra instituição que, a exemplo da Corte alemã, merece devidamente considerada. Instalou-se a 23 de abril de 1965, passados já 18 anos da Constituição de 1947, que a previra. No entanto esse tribunal não constitui órgão do Poder Judiciário, ao contrário pois da Corte de Karlsruhe na Alemanha, que faz parte daquele poder por disposição taxativa do art. 92 da Lei Fundamental de Bonn.

Apresenta o tribunal italiano a seguinte composição: 15 juízes, dos quais cinco escolhidos pelo Poder Judiciário, cinco pelo Presidente da

20. Veja-se Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 96.

República e cinco, finalmente, pelo Poder Legislativo, ou seja, pelas duas Câmaras, reunidas em sessão conjunta, na qual decidem por maioria de 3/5 (três quintos).

Um deplorável senão desse sistema é o mesmo que em geral se observa nas formas de controle por via de ação: a faculdade recusada aos cidadãos de poderem diretamente movimentar a instância de controle, a que só têm acesso, nas controvérsias constitucionais relativas a leis, os juízes ordinários ou administrativos.[21]

6. *O sistema americano de controle da constitucionalidade das leis*

Em parte anterior deste capítulo, referimos a maneira como emergiu historicamente nos Estados Unidos o controle da constitucionalidade das leis por via de exceção.

Assinalamos a base jurisprudencial desse controle, que principia na decisão do caso "Marbury *vs.* Madison", com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas. Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (*null and void and of no effect*).

Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.

As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim às vacilações interpretativas do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior.

A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em conseqüência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos.

É possível, todavia, que haja um período de relativa incerteza, permeado de suspeitas ou desconfianças acerca da legitimidade constitucio-

21. Carlo Ceretti, *Diritto Costituzionale Italiano*, 7ª ed., p. 591.

nal de uma lei. Desse estado de ânimo nasceu, aliás, o expediente dos processos simulados (os chamados *moot cases*), mediante os quais se busca alcançar, com uma decisão judicial, a palavra competente sobre a lei cujo teor de constitucionalidade se pôs em dúvida.

É de assinalar que há nos Estados Unidos, segundo Burdeau, uma tendência no sentido de só conferir-se força de lei aos textos mais importantes, após um pronunciamento da Suprema Corte. Faz aquele autor menção da recusa de Henry Ford, em 1937, em aplicar a legislação social do *Wagner Labor Act* até que a Suprema Corte se definisse a propósito do assunto.[22]

O *status* do juiz americano não tem paralelo no mundo. Encarecendo a importância do contencioso constitucional no sistema americano, Schwartz declara que uma Constituição privada dessa técnica de garantia judicial é feita de palavras vazias. Cita o exemplo das Constituições européias reduzidas a pedaços ou "instrumentos de papel" por falecer às Cortes continentais o poder de revisão dos atos legislativos e executivos.[23]

A história constitucional dos Estados Unidos há mais de um século tem sido em larga parte a história da Suprema Corte e de seus arestos em matéria de controle de constitucionalidade.

Esse egrégio tribunal se compõe de nove juízes vitalícios e inamovíveis, nomeados pelo Presidente, com a aprovação do Senado e escolhidos entre juristas eminentes e de ilibada reputação.

Faculta-se ao juiz a aposentadoria quando completa 70 anos de idade ou após 25 anos de exercício de suas funções, sendo porém raros os que se afastam do cargo com observância desses limites de tempo. Disso resultou o ditado corrente nos Estados Unidos segundo o qual um juiz da Suprema Corte "jamais se aposenta e raramente morre". Houve deles que ocuparam o cargo por mais de 30 anos, inclusive Marshall, o fundador da jurisprudência de controle da constitucionalidade das leis. Não raro ultrapassam tranqüilamente a casa dos setenta, conservando-se lúcidos e atuantes como patriarcas da lei, posto que já bastante inclinados pela idade a posições tenazmente conservadoras senão até reacionárias.

Algumas decisões da Suprema Corte, em determinadas épocas da história constitucional dos Estados Unidos, impressionaram negativamente a opinião pública, o Congresso e o Governo, por espelharem as

22. G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 85.

23. Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*, p. 1.926.

posições individualistas da ideologia liberal. Com isso os sacerdotes togados daquela Corte transmudavam a via de exceção num instrumento de resistência às leis que refletiam o progresso social ou amparavam os interesses das classes obreiras contra a violência econômica e as exorbitâncias patronais.

A interpretação extensiva da Constituição, o apelo freqüente ao seu espírito e aos "princípios gerais" que a animavam, a utilização da chamada "teoria dos poderes implícitos" que alargava consideravelmente a noção de inconstitucionalidade,[24] eis a ladeira por onde os juízes desceram para chegar com suas sentenças a uma jurisprudência desatualizada em face de conceitos que a doutrina ia irresistivelmente reformulando acerca da propriedade e da liberalidade contratual.

Com isso se apagava aquela imagem concebida por Wilson de uma Suprema Corte elevada a *forum* apolítico e imparcial, espelho e modelo de independência ideológica. Alvo principal da interpretação hostil da Suprema Corte era a legislação trabalhista, bem como a intervenção estatal, postos, em primeiro plano, no *index* das inconstitucionalidades.

Reiteradas queixas se faziam pois à Suprema Corte, incriminada de retardar as conquistas sociais da legislação americana, ou embargar, mediante o veto interpretativo intransigente, a política reformista tão peculiar a um século assinalado já pelo advento da sociedade massificada.

Tem-se dito que ao ditar sua jurisprudência, interpretando leis e fulminando inconstitucionalidades, aquele órgão tomava as dimensões de uma terceira Casa do Congresso com poderes que nenhuma das duas ultrapassava ou – o que é mais significativo – de uma "Constituinte em sessão permanente", ao mesmo passo que emprestava ao sistema político do país a feição de verdadeiro "governo de juízes".[25]

Esse último traço, mais patente e exacerbado durante o largo período compreendido entre 1880 e 1936, declinou desde o triunfo da política rooseveltiana do *New Deal*, desesperadamente opugnada pela Suprema Corte.

24. J. Barthélemy e Duez, ob. cit., p. 214.

25. A respeito da Suprema Corte como *terceira casa legislativa* escreveu Laski: "A inferência correta é a de que, em última análise, a Suprema Corte, quando exerce o poder da *judicial review*, funciona de fato como uma terceira Câmara nos Estados Unidos" ("The inferente is the unmistakable one that, in the last analysis, the Supreme Court by exercising this power of judicial review, is, in fact, a third chamber in the United States") (Harold J. Laski, *The American Democracy. A Comentary and an Interpretation*, p. 110).

Com o apoio da opinião pública, exerceu Roosevelt tamanha pressão sobre os juízes daquela Corte que, uma vez renovada em sua composição, pôde ela prudentemente operar a tempo importantíssima reviravolta jurisprudencial, entregando-se ao exercício de um controle de constitucionalidade mais sóbrio e moderado, ao mesmo passo que se apartava da vetusta orientação anti-social, anti-sindical e antiintervencionista de seus arestos, nomeadamente os do período em que de forma ostensiva se identificou com o predomínio político e ideológico do individualismo liberal.

São daquela fase os reparos mais veementes à instituição, emanados de publicistas e críticos constitucionais que viam se formar sob a égide daquele tribunal uma espécie de casta – a "oligarquia togada" – com poderes acima da Constituição e que os levava a exercitar o chamado "governo dos juízes".

Quando mais aceso transcorria o debate da opinião acerca da crise entre o Executivo e a Suprema Corte durante a gestão presidencial de Roosevelt, não faltaram alvitres, que variavam desde a reforma da Constituição ao cancelamento do *judicial review* ou a sua obstaculização mediante *quorum* excepcionalmente alto. Houve até quem insinuasse o *recall* para os arestos mais impopulares lavrados por aquele supremo tribunal.[26]

A ofensiva que Roosevelt desencadeou com a máxima intensidade se deu após o aresto reacionário da Suprema Corte na questão constitucional do "Schlechter Pultry Corporation *vs.* United States", de 27 de maio de 1935, o qual invalidava o *New Recovery Act*. Fora este um dos instrumentos básicos da política do *New Deal* de combate à recessão, ao desemprego e ao desfalecimento da economia americana, ainda bastante combalida em razão da crise subseqüente ao desmoronamento da Bolsa de Nova York, que determinou a Grande Depressão.

Assinalou Hauriou os seguintes pontos-chaves que, servindo de esteio às declarações de inconstitucionalidade, mais celeuma provocaram:

a) o argumento de que situações emergenciais ou críticas não conferem ao Executivo poderes mais amplos que aqueles que possui em tempos normais;

b) o haver por inconstitucional a delegação de poderes ao Executivo;

26. Veja-se o que a esse respeito escreveu Andrew A. Scott, *Political Thought in America*, p. 428.

c) a vedação ao Congresso Federal de legislar sobre o comércio no interior dos Estados-membros da Federação.[27]

Durante as últimas décadas operou-se contudo inteira mudança nesse quadro, de modo que hoje a Suprema Corte dos Estados Unidos, sobre ser a guardiã clássica dos direitos humanos básicos, há desempenhado também um papel judicial relevantíssimo na batalha que os segmentos mais esclarecidos da sociedade americana travam em favor da integração racial. De modo que o exercício por aquela Corte dos poderes concernentes ao controle de constitucionalidade já não afeta, como ocorreu em outros tempos, o equilíbrio constitucional dos poderes.

A Suprema Corte, desde o refluxo e auto-redução do extenso controle exercitado no período correspondente ao chamado "governo de juízes", tem adotado de último uma jurisprudência mais amena e liberal no tocante aos interesses sociais. Com isso parece haver crescido no respeito, prestígio e acatamento da nação americana. Mais do que nunca se inclina esta a ver naquela augusta Corte o santuário dos seus direitos e liberdades fundamentais.[28]

Sem a Suprema Corte, a Constituição americana é quase inconcebível. De sorte que as palavras do *Justice* Hughes continuam de pé, exprimindo uma grande verdade: "Vivemos debaixo de uma Constituição, sendo a Constituição porém aquilo que os juízes dizem que é" ("We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is").

27. André Hauriou, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 406.

28. Do elevado papel desempenhado pela Suprema Corte, já nos dava testemunho o publicista Harold Laski ao asseverar: "Se é demasia dizer que a história americana pode ser escrita em termos de suas decisões federais, não exorbita quem afirmar que a história americana ficaria incompleta sem um cuidadoso exame dessas decisões" (H. J. Laski, *The American Democracy*, ob. cit., p. 110). A alguns publicistas afigura-se todavia um exagero o poder excessivo que tem sido aparentemente atribuído ao Judiciário federal nos Estados Unidos. Schwartz e Vanderbilt, contrariando nesse ponto a corrente dos que afirmavam haver ali um "governo de juízes", fazem remissão às palavras de Hamilton, no texto do *Federalista*, quando o célebre constituinte, fixando a frágil posição do Judiciário no arcabouço constitucional, assinala que ele "é incomparavelmente o mais fraco dos três ramos do poder (...) não exerce nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; falece-lhe a direção da força ou da riqueza da sociedade; e nenhuma resolução ativa pode tomar qualquer que seja. Em verdade, é possível dizer não possui nem a *força* nem a *vontade*, mas um mero julgamento" ("is beyond comparison the weakest of the three departments of power (...) (It) has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither *force* nor *will*, but merely judgement"). Ver Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*, p. 140.

O controle de constitucionalidade no sistema americano não se confina tão-somente à via de exceção; abrange também outras técnicas, de natureza um tanto preventiva, como a *injunction* e o "julgamento declaratório", que alguns autores têm por mais convizinhas da via de ação do que propriamente da via incidental.

Mediante a *injunction*, o jurisdicionado, na iminência de padecer os efeitos da aplicação de uma lei que se lhe afigura inconstitucional, pede ao juiz a expedição de uma ordem que interdite à autoridade ou funcionário a execução de determinado ato legislativo inquinado de vício de inconstitucionalidade.

Dentre outros exemplos que se poderiam aduzir, temos este: a *injunction* para evitar a cobrança de um imposto estabelecido por lei inconstitucional.

Um aresto da Suprema Corte, de 1899, aponta a *injunction*, conforme lembra Laferrière, como "o meio mais cômodo de obter uma rápida solução judiciária das questões de direito constitucional".[29]

Quanto ao "julgamento declaratório", trata-se, segundo Maynard, de uma técnica que consente aos jurisdicionados obter do juiz "uma decisão que fixe o conteúdo de seus direitos e de suas obrigações recíprocas, decisão com a autoridade de coisa julgada, mas sem comportar nenhuma sanção coercitiva".[30]

O emprego desse remédio judicial de controle preventivo da constitucionalidade das leis só chegou aos tribunais federais depois de 1934, autorizado que foi por ato do Congresso.[31]

Algumas causas concorreram poderosamente ao estabelecimento nos Estados Unidos de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A primeira, decorrente da natureza do sistema federativo: a dualidade de ordenamentos estatais e jurídicos produz freqüentes e agudos conflitos de competência.

Esses conflitos, pela sua delicadeza e gravidade, são de molde a comprometer toda a ordem e harmonia do sistema, se não houver uma instância suprema com inteira autoridade para dirimir as controvérsias constitucionais resultantes das relações federativas.

A segunda causa reside na arraigada consciência nacional de defesa dos direitos fundamentais, no caráter profundamente liberal da sociedade americana, no espírito de suas instituições.

29. J. Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, ob. cit., p. 318.
30. Idem, ibidem, p. 319.
31. Idem, ibidem, p. 319.

Uma terceira pode ser vista ainda derivando da tradição política que escolta o país desde o advento constitucional dos três Poderes, com um Legislativo sempre refreado e limitado, até mesmo pela lembrança de suas antecedências coloniais; um Legislativo que dificilmente poderia acolher ambições pertinentes ao exercício de um monopólio do poder.

Essa posição histórica sem dúvida contrasta com a tradição representativa cultivada na Inglaterra e países continentais onde os dois ramos do Parlamento – a Câmara Alta e a Câmara Baixa – pela tradição e pela doutrina, se mostram invariavelmente propensos a nunca abdicar, como órgãos mais altos da vontade popular, a autoridade legislativa soberana de que se julgam depositários.

7. *A exclusão das questões políticas tocante ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*

O problema constitucional básico suscitado por todo sistema de controle de constitucionalidade entende com a natureza *política* da competência revogatória ou paralisante que se costuma conceder a um dos poderes, normalmente o Judiciário, cuja ascendência sobre os demais ramos da soberania não raro resulta em sacrifício imposto ao princípio da separação de poderes.

Das vias habituais de controle, tem-se geralmente assinalado que a via de ação é *política* ao passo que a via de exceção é *judicial*.

O caráter *político* da via de ação já fora entre nós excelentemente retratado por Rui Barbosa nos seguintes termos:

"Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentemente, tratar o exame do ato inconstitucional como *meio revogatório* da lei ou de decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política: porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros."[32]

Mas a via de exceção, exemplificada tradicionalmente pela *judicial review* do sistema americano, tampouco se forra, em face das questões controvertidas, a uma análise ou debate, cuja conseqüência maior, a nosso ver, há sido a de mostrar quão frágil ou relativa é a costumeira caracterização da sobredita via como essencialmente *judicial*.

32. Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", XI, *Obras Seletas de Rui Barbosa*, p. 98.

Não padece dúvida que, do ponto de vista formal, ou seja, do órgão que exercita a sindicância de constitucionalidade, estamos em presença de um controle judicial; já porém do ponto de vista material, de conteúdo, de substância, a questão muda de figura, tomando perfil distinto, em razão da dificuldade de traçarmos limites aos temas políticos, quase sempre rebeldes a uma determinação que possa evidenciar-lhe a natureza ou caráter incontrastável.

Daqui promanam pois obstáculos que fazem hesitante senão polêmica a abrangência de certos assuntos na competente órbita judicial de exame de constitucionalidade. E se não houver um critério satisfatório com que separar o político do jurídico, o resultado bem poderá ser o retraimento do Poder Judiciário evacuando considerável área no campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indébita intromissão na esfera da competência constitucional dos demais poderes.

Todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem genericamente matéria política. O nosso Rui assim já os considerava, ao mesmo passo que forcejava por descobrir um critério discriminativo capaz de separar os estritamente políticos, a serem excluídos da tutela judicial, daqueles que não o sendo podem entrar na categoria dos assuntos judiciais, compondo aliás a regra e não a exceção dos casos sujeitos à intervenção judiciária.

Uma linha de fronteira há de delimitar, pois, de uma parte, o território que contém as faculdades ou competências atribuídas pela Constituição no seu texto aos diferentes ramos da soberania – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (matéria política) – e, doutra parte, o território onde se localizam "os direitos do indivíduo com as suas garantias expressas em disposições taxativas".[33]

O controle jurisdicional exclui de apreciação assuntos pertencentes àquela esfera marcadamente política, na qual entra a lei em tese, objeto da chamada via de ação. Possui esta uma natureza tão política, conforme já patenteamos, que sua admissão num sistema de controle suscita graves objeções até mesmo ao caráter jurisdicional que se possa atribuir àqueles órgãos incumbidos de exercitar tal controle.

Introduzir num sistema de controle de constitucionalidade a via de ação, emprestando-lhe caráter jurisdicional, é dos mais delicados problemas que se depara à construção técnica e teórica de um direito constitucional da liberdade, plenamente reconciliado com os fins sociais do

33. Rui Barbosa, ob. cit., p. 97.

Estado. O aperfeiçoamento processual tocante à ação de constitucionalidade abre, sem dúvida, horizontes à esperança de um resultado positivo que venha caracterizar a jurisdicionalidade do controle por aquela via, até agora primacialmente reconhecido por sua feição política.

O dissídio doutrinário aqui parece insolúvel. Se a controvérsia já era bastante acesa tocante à via de exceção, como ficou patenteado com respeito aos arestos da Suprema Corte dos Estados Unidos, acusada, segundo refere Castro Nunes, de interpretar amplamente a Constituição, mas para repelir a lei,[34] é provável que os *judiciaristas* da via de ação ainda tenham pela frente montanhas teóricas de objeções e reparos até que logrem estabelecer sobre bases sólidas a natureza jurisdicional daquela via.

Não tinha Rui Barbosa ilusões a esse respeito, reconhecendo implicitamente os dois sistemas como distintos e incomunicáveis, um *judicial*, o outro *político*. Não se abalançou pois a levantar o problema da colocação jurisdicional da via de ação, cujo sentido político logo asseverou, servindo-lhe isso de argumento e critério com que evidenciar a jurisdicionalidade mesma da via de exceção.[35]

O *judicial review* é criação típica do Estado liberal. Nas suas origens esse instrumento se explica pelo teor das instituições produzidas por aquela modalidade de Estado.

A matéria judicial, inteiramente "despolitizada", abrange por conseqüência todo o círculo dos direitos individuais, círculo que já se contrai

34. Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 596.

35. Senão, vejamos: "Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentemente, tratar o exame do ato inconstitucional como objeto *imediato* da causa, e intentá-la solenemente *como meio* revogatório da lei ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política, porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a um a autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros" (Rui Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, ob. cit., p. 132). Tocante ainda ao *caráter político*, inerente a toda via de ação, e pelos mesmos fundamentos, extensiva, também à via de exceção, escreveu ainda Rui Barbosa: "Pelos mesmos motivos resvalaria para a degeneração política o exame judicial dos atos inconstitucionais da administração, ou da legislatura, se os julgados que os resolvessem, pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua tese, concluindo pela anulação formal de suas disposições ou pela supressão direta delas na generalidade dos seus efeitos. Nesse caso a justiça se transformara numa instância de cancelamento para as deliberações do Congresso, ou do Executivo. Seria a absorção de todos os poderes no Judiciário, ou o conflito organizado entre os três. Insulando-se, porém, na espécie demandada, a sentença evita rigorosamente a deturpação política do papel dos tribunais" (Rui, "Trabalhos jurídicos", ob. cit., p. 99).

desde o advento do Estado social, acarretando assim em alguns sistemas esse deplorável equívoco para a liberdade humana, que é o declínio do controle de constitucionalidade, a traduzir-se com o desprestígio da autoridade ou do órgão incumbido de seu desempenho.

Sem embargo das dificuldades que a nova realidade jurídica do Estado social determina, realidade deveras politizada, é de todo o ponto conveniente estabelecer e conservar, em proveito da competência judiciária, a distinção clássica entre questões políticas e questões judiciais, distinção que reputamos apenas de grau.

Aliás, Marshall já a estabelecera com toda a clareza, nos seguintes passos do aresto de 1803:

"Em tais casos (...) a matéria é política; porque respeita a nação, e não os direitos individuais ("they respect the nation, not individual rights")... Mas onde a lei estatui especificamente um dever e há *direitos individuais*, dependentes da observância deste, igualmente manifesto é que qualquer indivíduo, que se considere agravado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país".[36] E a seguir, num coroamento que Rui teve por "fórmula magistral":

"*A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais*, não investigar de que modo o Executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discrição" ("The province of the court is solely *to decide on the rights of individuals*, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties *in which they have a discretion*").[37]

Comentando esses lugares da sentença sobre a demanda "Marbury *vs.* Madison", Rui Barbosa resume aquilo que se nos afigura a doutrina por excelência do liberalismo individualista, sequioso de tutela judiciária:

"Nestes três lances ressai várias vezes a noção de que os tribunais só não podem conhecer da inconstitucionalidade imputada aos atos do Poder Executivo, quando esses atos se abrangem na categoria daqueles que são confiados à sua discrição, e não interessam garantias individuais. Se entendem com essas garantias, e não se compreendem na ação constitucionalmente discricionária do poder, esses atos constituem matéria judicial. No caso contrário, são propriamente políticos.

36. John Marshall, *Writings Upon the Federal Constitution*, p. 17. *apud* Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", ob. cit., p. 100.

37. John Marshall, *Writings Upon the Federal Constitution*, ob. cit., p. 17, *apud* Rui Barbosa, ob. cit., 101.

"Escuso advertir que o princípio de caracterização adotável para discernir, nos atos do Poder Executivo, os reservados à esfera política dos acessíveis ao exame judicial, cabe identicamente, para os mesmos fins, aos atos do Poder Legislativo. O mesmo critério quadra indiferentemente aos de um e outro poder."[38]

A dificuldade em caracterizar o que seja questão política para fazê-la defesa ao exame de constitucionalidade dos juízes e tribunais é tanto maior quanto se *politizaram* no Estado social contemporâneo os direitos individuais, com a perda conseqüente daqueles traços que na época do liberalismo tão nítida fizeram a fronteira entre o indivíduo e o Estado. As regras de distinção se afrouxaram. As questões políticas, que classicamente poderiam com toda a clareza ser demarcadas numa esfera autônoma, ganharam tal latitude, que sua catalogação, como Rui a fez, já não exaure a matéria, para efeito de determinação dos limites de controle de constitucionalidade.[39]

A natureza da questão, critério dantes tão apreciado, deixou aliás de compor, numa certa fase das reflexões de Rui, a base de referência única e suficiente com que determinar os limites ao exercício da jurisdição.

Em *O Direito do Amazonas* Rui escorou também o seu pensamento num elemento novo de caracterização inspirado doravante na conveniência (utilidade ou oportunidade). Esse critério lhe consentia contrapor "com divisas claras e sensíveis" à esfera política – terreno defeso à ingerência dos tribunais – "o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões de sua alçada, em vez de obe-

38. Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", ob. cit., p. 101.

39. Caem, segundo o insigne publicista, na órbita do poder discricionário, como questões políticas: "1. A declaração de guerra e a celebração da paz. 2. A mantença e direção das relações diplomáticas. 3. A verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros. 4. A celebração e rescisão de tratados. 5. O reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países. 6. A fixação das extremas do país com os seus vizinhos. 7. O regime de comércio internacional. 8. O comando e disposição das forças militares. 9. A convocação e mobilização da milícia. 10. O reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades. 11. A apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição. 12. A fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas. 13. O regime tributário. 14. A adoção de medidas protecionistas. 15. A distribuição orçamentária da despesa. 16. A admissão de um Estado à União. 17. A declaração da existência do estado de insurreição. 18. O restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal. 19. O provimento dos cargos federais. 20. O exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso. 21. A convocação extraordinária da representação nacional".

decerem à apreciação de *conveniências*, mais ou menos gerais, entendem com a *aplicação do direito legal* aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva".[40]

A questão política não estaria pois isenta de apreciação judicial se porventura, ocasionando demandas ou contestações oriundas da aplicação da lei, importasse lesão a direitos individuais.

Percebeu Rui Barbosa a importância desse aspecto, e, como sempre, amparado na doutrina americana, "que é a nossa", conforme invocava, assinalou: "Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado".[41]

Garantir direitos individuais foi sempre a nota suprema ou a razão maior do controle de constitucionalidade, pelo menos como ele se estabeleceu de acordo com a tradição americana, desde o julgado da Suprema Corte na demanda "Marbury *vs.* Madison", a mais perfeita soma de argumentos lógicos, que compõem a essência de uma teoria constitucional da liberdade nos moldes do liberalismo.

A alçada judicial, ao conhecer dos atos legislativos que importam ofensa à Constituição em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o, nos sistemas constitucionais, daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios. O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado.

A tutela individualista da ideologia liberal transparece por igual nos tratadistas que escoram o pensamento de Rui. Depois de citar Pomeroy, escreve o jurista baiano:

"Mas, se o ato não prende exclusivamente com interesses políticos, se, de envolta com estes, há direitos individuais, de existência constitucional, que ele atropela, a jurisdição dos tribunais então é inegável; porque ela, de seu natural, abrange todo o campo das questões, onde se acharem 'fundamentalmente interessados o direito e a propriedade particulares'".[42]

40. Rui Barbosa, *O Direito do Amazonas...*, ob. cit., p. 165.

41. Rui Barbosa, *O Direito do Amazonas...*, ob. cit., p. 178.

42. O autor que Rui cita no trecho ora reproduzido é Burgess, *Political Science*, II, p. 362. Veja-se Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", ob. cit., p. 105.

À concepção liberal se deve pois a delimitação de uma extensa província – a dos direitos individuais – inteiramente fora das questões políticas (as únicas excluídas de exame judicial).[43]

As questões políticas, consideradas de um ponto de vista técnico, para efeito de excluí-las do controle de constitucionalidade, são entre outras as que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma, aquelas prerrogativas que, pela sua natureza mesma, podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial.

A esfera de controle material que fica porém com os juízes e os tribunais é tão-somente a dos direitos individuais, não obstante a dimensão política e a relatividade que tais direitos tomaram nas vigentes concepções de Estado social.

O constitucionalismo que essa modalidade de Estado consagrou não cancela o sistema das garantias liberais amparadas pelo instrumento constitucional. Seria rematado equívoco cuidar o contrário, porquanto admiti-lo eqüivaleria evidentemente a desmembrar o Estado social do Estado de direito, reduzindo o primeiro às variantes do modelo autocrático ou totalitário, coisa sem dúvida inconcebível na ordem constitucional das sociedades livres que se abraçam às inspirações dos direitos humanos.

As conclusões de Rui Barbosa acerca da exceção dos casos políticos, perfeitamente irretorquíveis e lógicas no liberalismo de ontem, perma-

43. Por tudo quanto vimos, já não subsiste dúvida quanto à espécie de questões políticas que devem ficar fora da órbita de controle. Em se tratando de amplo controle de constitucionalidade, não circunscrito unicamente a leis, mas abrangente de todos os atos de governo, tais questões, segundo a doutrina americana (acompanhando de perto nesse ponto a doutrina inglesa) são nomeadamente aquelas que se contém na esfera dos negócios externos, e da política internacional, imunes todas elas a intromissões do Poder Judiciário, segundo copiosa jurisprudência cristalizada em arestos da Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas a doutrina americana, sendo mais elástica que a inglesa, abrange também amplíssima matéria de política interna, conforme pondera Schwartz, aludindo a uma importante decisão tomada pela Suprema Corte, em 1946, no caso "Colegrove *vs.* Green". Escreve o publicista americano a esse respeito: "Ao contrário da doutrina britânica, a americana, contudo, não se limita ao campo dos negócios externos. Uma relação dos assuntos que os tribunais americanos têm considerado como questões políticas isentas de todo o controle jurídico, conteria numerosas questões relativas aos negócios internos de governo" (Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 153).

necem contudo, ainda agora, válidas e inalteráveis perante as condições constitucionais do Estado social, amoldando-se por inteiro ao reconhecimento que essa categoria de Estado faz às garantias da pessoa humana em matéria de controle de constitucionalidade.[44]

Em suma: as questões políticas, expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais.

44. Vale a pena, pois, reproduzir abaixo a lição do eminente publicista: "Atos *políticos* do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, consideram-se aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discrição prudencial do poder, *e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo*.

"*Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes*.

"Se o ato não é daqueles, que a Constituição deixou à discrição da autoridade, ou se, *ainda que o seja*, contravém às garantias individuais o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas.

"Necessário é, em terceiro lugar, que o fato, contra que se reclama, caiba inteiramente na função, sob cuja autoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sofisma, para dissimular o uso de poderes diferentes e proibidos.

"Numa palavra:

"*A violação das garantias individuais, perpetradas à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais*.

"*A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida*" (Rui Barbosa, "Trabalhos jurídicos", ob. cit., p. 108).

A boa doutrina que aqui se produziu foi portanto no sentido da admissão e legitimidade desse controle quando, de envolta com questões políticas, há direitos individuais cuja preservação ou tutela se faz necessária.

De sorte que as questões políticas em matéria de constitucionalidade já não oferecem em nosso Direito Constitucional positivo dificuldades comparáveis àquelas presentes à fase de estréia do regime republicano. Naquele ensejo, os nossos juízes e tribunais não possuíam ainda o suficiente preparo teórico para o desempenho da espécie de proteção judicial que decorria do novo ordenamento político e jurídico estabelecido no País com o advento do sistema federativo, do regime republicano e da forma presidencial de governo.

Uma sólida doutrina liberal, formada sob o poderoso influxo das lições de Rui Barbosa, inspirou, portanto, o constituinte pátrio, até que este, movido de conceitos amadurecidos no debate e na experiência constitucional vivida pelo País, houve por bem inserir, desde 1934, no texto das novas Constituições, aquele dispositivo segundo o qual não poderá a lei excluir de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, dispositivo que constitui sem dúvida uma das mais importantes garantias constitucionais do nosso sistema jurídico.

A passagem do Estado liberal ao Estado social em nada afetou o sistema das garantias constitucionais nos regimes atados à forma de Estado de direito, a saber, os da tradição clássica do Ocidente. Mas o Estado de direito dotado de tal sistema de garantias – cumpre não esquecer – é principalmente o dos países de Constituições rígidas, sobretudo aqueles que se organizam debaixo da forma federativa de Estado.

8. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis

Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional, que não deve passar despercebida.

Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais.

Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação de poderes.

O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.

A latitude de iniciativa da sindicância de constitucionalidade, em se tratando da via direta, é decisiva para marcar-lhe a feição liberal ou estatal, democrática ou autoritária, em ordem a determinar se o controle se faz com o propósito de atender aos fins individuais ou aos interesses do Estado, interesses que tanto podem exprimir uma necessidade de harmonia na relação entre os distintos órgãos da soberania como um impulso de expansão e hegemonia de um dos poderes, nomeadamente o Executivo.

Como o controle por via de ação em alguns sistemas constitucionais fica reservado unicamente à iniciativa do Poder, seu emprego pode constituir um esforço ou até mesmo um abuso do Poder Executivo, em dano da competência parlamentar. Se a iniciativa do controle é porém menos rígida, mais aberta, mais flexível, dela podendo participar os cidadãos, a sindicância de constitucionalidade toma pela via direta feição incontrastavelmente democrática, senão liberal, porquanto permite ao indivíduo atuar numa esfera conducente ao controle dos atos do poder.

Antes da via de ação, o duvidoso remédio do Executivo para as leis que, em nosso sistema, se lhe afiguravam inconstitucionais, era simplesmente o de recusar-lhe aplicação, num procedimento controverso e suspeitoso, cujo corretivo só se encontraria após uma demanda pela chamada via de exceção.

A) A via de exceção, um controle já tradicional

A via de exceção no direito constitucional brasileiro já tem raízes na tradição judiciária do País. Inaugurou-se teoricamente com a Constituição de 1891,[45] que instituiu recursos para o Supremo das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância.

O recurso era cabível em matéria constitucional quando se contestasse "a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas" (art. 59, § 1º).[46]

45. A Constituição de 25 de março de 1824 – Constituição do Império – não favorecia o advento de um sistema de verificação de constitucionalidade. Com efeito, a Constituição só em parte era rígida: A parte respeitante aos limites e atribuições dos Poderes Políticos (o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial) e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, conforme decorria do art. 178. A pálida inspeção de constitucionalidade prevista no art. 173 da Carta outorgada guardava ainda feição política: à Assembléia Geral, no princípio de suas sessões, caberia examinar se a Constituição havia sido "exatamente observada para prover como for justo".

46. A mesma disposição já se achava contida na Constituição provisória de 22 de junho de 1890. Veja-se a competência recursal atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo § 1º, alínea *b* do art. 58 da sobredita Constituição.

A 11 de outubro do mesmo ano, expedia-se também o Decreto 848 cujo art. 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *b*, dispunha mais explicitamente sobre o recurso para o Supremo em matéria de constitucionalidade:

"Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

A organização da Justiça Federal, mediante a Lei 221 de 20 de novembro de 1894, tem sido apontada por vários constitucionalistas como um importante passo dado em nosso sistema para a concretização ou implantação de um controle de constitucionalidade. Com efeito, determinava o § 10, do art. 13 daquela lei, que os juízes e tribunais "deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais".[47]

A Exposição de Motivos feita antecedentemente por Campos Sales já ressaltava, conforme assinalou Anhaia Mello, a competência da nova magistratura, instalada no País por obra do regime republicano, para examinar a lei, antes de aplicá-la, "podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à Constituição".[48]

A via de exceção, enquanto via judiciária que é, penetra o nosso ordenamento jurídico graças ao sistema republicano e federativo pela Constituição de 1891. A Justiça da União e as justiças dos Estados foram reconhecidas de todo competentes para recusar aplicabilidade a atos inconstitucionais assim do Executivo como do Legislativo.

Como é da natureza daquela via, as decisões deveriam adotar-se "em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes", conforme a dedução interpretativa que Rui Barbosa fez dos dispositivos constitucionais pertinentes.

B) A moderna introdução da via de ação

Quanto à via de ação, seu advento ocorreu com manifesto atraso e lentidão, mediante um processo que, sem embargo, lhe confere traços

"a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um contrato ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;

"b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da lei ou ato."

47. É do seguinte teor o art. 13, § 10 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição". Buzaid encareceu a importância dessa disposição do legislador, segundo ele, uma "síntese feliz" que em matéria de constitucionalidade "traduz o rigor dos princípios, marca o passo definitivo na evolução do Direito brasileiro" ou assinala, em suma, "entre nós a doutrina da supremacia do Judiciário". Veja-se Alfredo Buzaid, "Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro", in *Revista Forense* 179/18, set.-out. 1958.

48. J. L. de Anhaia Mello, ob. cit., p. 24.

de irrecusável peculiaridade, sendo o mais significativo aquele referente à *suspensão* da lei, que todavia não se anula.

À primeira vista, isso viria contrariar o que os teoristas costumam apontar como o resultado mais significativo de semelhante remédio contra as inconstitucionalidades legislativas, a saber, justamente, a anulação das leis. A verdade porém é que a criação engenhosa do constituinte pátrio, ladeando o princípio da separação de poderes, habilidosamente poupado, logra, com o expediente da suspensão, o mesmo efeito prático: a retirada de circulação da lei inconstitucional. E é quanto basta!

Os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade.

Com efeito, quatro inovações básicas de teor constitucional configuram a relevante contribuição que a segunda Constituição republicana trouxe ao aperfeiçoamento do nosso modelo de controle de constitucionalidade.

A primeira novidade foi o instituto da *maioria absoluta* de votos da totalidade dos juízes, como requisito indispensável à declaração, pelos tribunais, da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

A segunda, a competência deferida ao Senado Federal para *suspender* a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade haja sido declarada pelo Poder Judiciário.

A terceira, a provocação do Procurador-Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse a constitucionalidade.

A quarta, finalmente, a instituição do mandado de segurança "para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade".

Dessas inovações a que mais importa com respeito à via de ação é a terceira, um largo passo dado na direção desse instituto, porquanto o exame de constitucionalidade pelo Pretório supremo já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração mesma de constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal.

Com a Carta de 1937 houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do Estado-Novo,

autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento. Tal ocorria quando o Presidente da República julgasse a lei "necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta".

Por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, o órgão legislativo poderia invalidar a decisão judiciária, fazendo assim eficaz a lei inconstitucional.

A via de ação, ainda a esboçar-se em contornos pouco nítidos, já não constituía na hipótese um instrumento de controle judiciário, abandonando, por conseguinte, as linhas que pareciam dantes caracterizar o desdobramento do nosso sistema de verificação de constitucionalidade – sua feição eminentemente judiciária – para se converter numa técnica de controle político, como aliás é da essência da via de ação. Mas controle político unicamente em proveito do Executivo, conforme decorria do art. 96 daquela Carta, e não da ordem constitucional, como ocorre nas formas legítimas e normais em que ele costuma se institucionalizar por via de ação.

A Constituição de 1946, pondo termo, enfim, ao interregno de retrocesso que fora o período da Constituição de 1937, retomou o caminho aberto pelo constituinte de 1934. A lei magna de redemocratização reproduzia, com ligeiras alterações, as novidades que o texto de 1934 trouxera em matéria de constitucionalidade, já antecedentemente enumeradas.

A semente de um controle por via de ação germinava, como em 1934, na legitimação do Procurador-Geral da República em submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal um ato que, ferindo princípios constitucionais medulares de nossa organização republicana e federativa, fosse argüido de inconstitucionalidade.

Esses princípios eram os do n. VII do art. 7º, cuja ofensa ensejava a intervenção federal. A mudança havida em relação a 1934 é que essa intervenção, segundo o texto da nova Constituição, só se decretava após o Supremo haver examinado o ato argüido de inconstitucionalidade.

Durante a vigência da Constituição de 1946 duas importantes leis disciplinaram a matéria de constitucionalidade relativa ao controle estabelecido no parágrafo único do art. 8º, de salvaguarda dos princípios básicos do n. VII do art. 7º. Essas leis foram as de ns. 2.271, de 22.7.1954 e a 4.377, de 1.6.1964.

Da primeira delas resultou a criação de um novo instrumento processual, a saber, a chamada ação direta de declaração de inconstitucio-

nalidade, verdadeiro ponto de partida para a nova forma de controle – o da via de ação, que se vinha acrescentar à já existente via incidental ou de exceção.

Acontece porém que o novo caminho aberto à verificação judiciária da constitucionalidade das leis era deveras apertado, não abrangendo senão atos vinculados a hipóteses de intervenção federal. Um controle respeitante basicamente a leis federais num campo constitucional estreitíssimo.

Do acanhado raio em que ele se circunscrevia nos dá rápida visão Anhaia Mello quando escreve: "Escapavam de seu campo de incidência os atos federais em geral e os estaduais que não ofendiam os princípios do art. 7º, inciso VII da Constituição Federal, bem como os atos locais que ofendiam a Constituição estadual, além dos municípios".[49]

Uma profunda mudança introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, alargou o âmbito material do controle por via de ação.

Versando matéria referente à competência originária do Supremo Tribunal Federal, o art. 2º da Emenda deu nova redação à alínea *k* do art. 101, inciso I, da Constituição de 1946.

Atribuiu-se desde então à nossa Suprema Corte competência para processar e julgar originariamente "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

A via de ação tomou, em conseqüência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, inseriram dispositivos que conservam o novo instituto de controle de constitucionalidade por via de ação, introduzido pela Emenda Constitucional n. 16, de 6 de novembro de 1965.[50]

49. J. L. de Anhaia Mello, ob. cit., pp. 196/197.

50. Veja-se a esse respeito a alínea *l* do inciso I do art. 114 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, a par da alínea *l*, do item I, art. 119 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ambas com redação do mesmo teor, dando competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".

C) Controvérsia sobre a iniciativa do controle por via de ação no Direito Constitucional brasileiro

Ao julgar improcedente uma Reclamação do Movimento Democrático Brasileiro contra o Procurador-Geral da República, por haver este, em despacho, mandado arquivar uma representação que lhe fora dirigida por aquela organização partidária argüindo a inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que estabelecera a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 10 de março de 1971. interpretou, com toda a rigidez, a competência exclusiva do Procurador-Geral da República tocante à iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade.

Desse julgado de nossa Corte suprema o único voto discordante foi o do Ministro Adauto Cardoso.

A controvérsia girou basicamente ao redor deste ponto: É o Procurador-Geral da República, ao tomar conhecimento de inconstitucionalidade argüida em representação que lhe seja encaminhada por qualquer interessado, obrigado a apresentá-la perante o Supremo Tribunal Federal, ou poderia deixar de fazê-lo, determinando de plano o seu arquivamento?

O entendimento dos que concluíam pela obrigatoriedade repousava no argumento de que se não o fizesse, o Procurador-Geral da República ter-se-ia convertido ele mesmo em juiz da representação, usurpando assim a competência daquela Corte.

O Acórdão do Supremo foi porém noutro sentido, ao reconhecer que a titularidade da representação é exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme se deduz do texto constitucional, e que somente ele possui legitimação ativa para promover a ação direta de inconstitucionalidade em abstrato.

Obrigado que fosse a encaminhar ao Supremo toda representação que lhe chegasse às mãos, já não seria titular exclusivo daquela competência, repartida por esse desvio hermenêutico com todos os cidadãos. O papel do Procurador-Geral da República ficaria pois em larga parte rebaixado ao de mensageiro ou intermediário de representações doutra fonte primária e paralela – qualquer interessado – a quem a Constitui-

ção, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade, não concedera a titularidade dessa representação, nem o direito de movimentar aquele controle previsto na competência originária do Supremo.

Afigura-se-nos, todavia, que em razão da relevância da matéria constitucional deve o Procurador-Geral da República encaminhar a representação, ainda que com parecer contrário. De sorte que, em assim procedendo, não subtrairá a matéria argüida de inconstitucionalidade ao conhecimento da Corte e esta, se entender que há no caso representação sem titular, determinará o seu arquivamento.

D) A solução do problema pela Constituição de 1988

O problema, que gerou tantas controvérsias, ficou liquidado com as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade, dentro do sistema brasileiro de controle jurisdicional das leis representa, desde a Constituição de 1946, um importantíssimo mecanismo de proteção da Carta Magna, mas volvido tão-somente para a tutela do direito objetivo, mediante o exame, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo competente para processar e julgar originariamente essa ação o Supremo Tribunal Federal.

No direito anterior à Constituição vigente, ou seja, pelas Cartas de 1946 e 1967 só havia um canal para a proposta de tal ação, conforme vimos: o Procurador-Geral da República. Concentrava ele nesse tocante todo o poder de iniciativa. Com a Constituição de 1988 isso porém já não acontece, porquanto além do Procurador, por força do art. 103, também se acham legitimados a propor referida ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Mas não parou aí o ato inovador do constituinte em relação a esse instituto. Deu um passo adiante: criou também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Mas omissão de quê? Omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional.

Esse novo instrumento, provavelmente de inspiração constitucional portuguesa, se dirige sem dúvida aos comportamentos omissivos do legislador como uma garantia destinada a resolver o problema de eficácia das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de

direitos sociais. O silêncio legislativo ulterior em muitos preceitos que demandam ação complementar ou regulamentadora do dispositivo constitucional tolheu ou invalidou alguns avanços básicos do Estado social brasileiro.

Em virtude do volume e extensão da matéria programática inserida na Constituição, aquela garantia, formulada para conferir juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais respectivas, se acaso malograr, será indubitavelmente em futuro não longínquo um fator desestabilizante da própria ordem constitucional e do Estado social que ela buscou estabelecer e resguardar.

9. *O controle abstrato de constitucionalidade: "nulidade" e "incompatibilidade" de normas jurídicas inconstitucionais*

Vejamos, a seguir, o estado da doutrina e da jurisprudência no que tange aos efeitos das sentenças em matéria de controle abstrato de constitucionalidade.

Vamos tomar por paradigma, para assinalar a renovação aí operada, os recentes avanços constitucionais sucedidos no sistema alemão, partindo porém do modelo supremo – o da Áustria, cujos juristas, encabeçados por Kelsen, foram os mais abalizados formuladores daquele controle judicial de leis.[51]

A doutrina austríaca dos idealizadores do controle de constitucionalidade em abstrato permanece viva. Tem, como há sessenta anos, expositores lúcidos cuja lição é a mesma de Kelsen e do texto constitucional onde positivou ele sua compreensão da matéria, a saber, a Constituição da Áustria, nobre artefato do mais luminoso normativista do século.

Ocupando-se da eficácia das sentenças constitucionais, René Marcic, jurista de peso, teorista do Estado social e brilhante filósofo do Direito, tão cedo arrebatado à cátedra das Universidades austríacas e alemãs, num lastimável acidente aviatório, escreveu em sua obra clássica *Do Estado Legislativo ao Estado Judicial* (*Vom Gesetzestaat zum Richterstaat*) desse teor:

"Controversa nas distintas ordens jurídicas – tanto na doutrina como também na prática – é a questão de saber a partir de qual momento vale

51. Reportâmo-nos ao controle abstrato, da lei em tese, aquele gênero que em nosso direito produziu a ação direta de inconstitucionalidade, e não ao controle concreto de normas, por via de exceção, cujas raízes se desenvolveram no direito público da União Americana, graças nomeadamente ao gênio de Marshall.

por não-existente uma lei, que haja sido declarada nula: desde o princípio (*ex tunc*) ou desde a ocasião em que entra em vigor a sentença do tribunal (*ex nunc*)?"[52]

Fazendo um contraste com o sistema alemão, que aliás já entrou numa fase de arrefecimento e quebra da rigidez, conforme depois veremos, lança Marcic sobre o mesmo um ponto de exclamação e prossegue:

"Em contraste com isto, o Tribunal Constitucional austríaco se coloca na posição de somente afastar do sistema jurídico as leis declaradas nulas, de maneira *ex nunc*; segundo a ordem constitucional austríaca as leis inconstitucionais não são pois atos nulos *ex tunc*. Chega mesmo o Tribunal Constitucional vienense a deixar ficar como está, ou seja, com eficácia, por um determinado espaço de tempo, uma lei reconhecida por inconstitucional – isto em virtude da segurança jurídica e a fim de oferecer ao Governo a oportunidade de preparar, durante este espaço de tempo, uma lei que seja constitucional".[53]

Com o mesmo vigor expositivo e com a mesma autoridade, L. Adamovich, outro clássico nas letras jurídicas da Áustria, onde pontificou como administrativista e constitucionalista do mais subido quilate, e cujo manual sobre o Direito Constitucional da Áustria foi atualizado e completado, na sua 5ª edição de 1957, por um discípulo não menos consagrado, o Mestre de Erlangen e Graz, o Professor Dr. Hans Spanner, proporciona estes ensinamentos:

"A invalidação se faz eficaz, em princípio, na data da publicação da sentença; todavia o tribunal se acha habilitado a protrair para uma data posterior a cessação da vigência, a qual não deve exceder um ano; com isso se ministra a garantia de que em importantes campos da legislação não venha a ocorrer um vácuo e que o corpo legislativo possa uti-

52. "Umstritten in den einzelnen Rechtsordnungen – sowohl in der Lehre als auch in der Praxis – ist die Frage, von welchen Augenblick an ein Gesetz als nicht existent gilt, das für nichtig erklärt wird: vom *Anfang* an (*ex tunc*) oder erst vom Augenblick an, da der Spruch des Gerichtes in *Wirksamkeit* tritt (*ex nunc*)?" (René Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, p. 367).

53. "Im Gegensatz dazu ist der österreichischen Verfassungsgerichtshof nur in der Lage, die für nichtig erklärten Gesetz *ex nunc* aus der Rechtsordnung zu entfernen; nach der österreichischen Verfassungsordnung sind verfassungswidrige Gesetze nicht etwa *ex tunc* nichtige Akte. Das Wiener Verfassungsgericht vermag sogar ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz für eine bestimmte Zeit noch in Geltug zu belassen – dies um der Rechtssicherheit willen und um der Regierung die Möglichkeit zu bieten, in der Zwischenzeit ein verfassungsmässiges Gesetz vorzubereiten" (René Marcic, ob. cit., p. 367).

lizar o prazo até a entrada em vigor da invalidação para formular uma lei que regule a matéria de forma constitucional.

"Daqui se infere", continua Adamovich, "que o aresto do Tribunal Constitucional cuja seqüência é a 'anulação' da lei inconstitucional, faz com que esta, até que ocorra a entrada em vigor da sentença, seja, apesar disso, ato juridicamente obrigatório, pois ato nulo não é de modo algum ato suscetível de anulação. O acórdão do Tribunal Constitucional exprime, por conseguinte, um efeito jurídico somente *pro futuro*, não afeta aqueles atos, com fundamento na lei, realizados antes que principiasse a eficácia da invalidação".[54]

Não é outra a lição e a inteligência de Erwin Melichar, juiz da Corte Constitucional e professor da Universidade de Graz na sua contribuição ao Colóquio de Heidelberg sobre Jurisdição Constitucional, promovido em 1961 pelo Instituto Max-Planck (*Max-Planck-Institut für ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht*):

"A sentença do Tribunal Constitucional, mediante a qual se reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, invalida essa lei. A anulação das leis tem por conseguinte, como no controle abstrato de normas, eficácia tão-somente *ex nunc* (...). Até a entrada em vigor da invalidação todos os demais atos de execução produzidos pela administração e pelos tribunais não serão atingidos pela anulação (compare Coleção de Acórdãos n. 1.415/1931).

"Quando além do mais o Tribunal Constitucional estabelece um prazo para a cessação de vigência, deve a lei ser aplicada no decurso desse prazo como se constitucional fora. Com respeito a atos de execu-

54. "Die Aufhebung tritt grundsätzlich mit dem Tage der Kundmachung des Erckenntnisses in Wirksamkeit; der VerfGH, ist jedoch berechtigt, den Zeitpunk des Ausserkrafttretens auf einen anderen späteren Termin auszuschieben, der ein Jahr nicht übrsteigen darf; dadurch ist die Gewähr dafür geboten, dass auf wichtigen Gebieten der Gesetzgebung infolge der Aufhebung eines Gesetzes nicht ein Vakuum eintritt und dass die parlamentarischen Körperschaften die Zeit bis zum Wirksamwerden der Aufhebung zur Erlassung eines die Materie in verfassungsmässiger Weise regelnden Gesetzes benützen können.

"Daraus, dass das Erkenntnis des VerfGH, die *Aufhebung* des verfassungswidrigen Gesetzes bewirkt, folgt, dass das Gesetz bis zum Wirksamwerden des Erkenntnisses ein zwar verfassungswidriger, gleichwohl aber rechtlich verbindlicher Akt ist, da ein nichtiger Akt einer Aufhebung überhaupt nicht fähig ist. Das Erkenntnis des VerfGH. äussert daher eine rechtliche Wirkung nur *pro futuro*, berührt womit nicht solche Akte, die noch vor dem Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung auf Grund des Gesetzes gesetzt worden waren" (L. Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 5ª tir., p. 399).

ção, realizados durante esse prazo, é portanto inatacável a lei. Isto vale igualmente para o controle abstrato de normas."[55]

A referência a Kelsen como o inspirador dessa posição que se concretizou no direito constitucional austríaco relativa à eficácia *ex nunc* das leis declaradas inconstitucionais, não é novidade também entre os autores alemães, dos quais basta, de passagem, fixando o mesmo entendimento, citar o Professor Klaus Schlaich, da Universidade de Bonn. Referindo-se ao grau constitucional que assume a "anulação" das leis inconstitucionais, não trepidou em escrever:

"Que este dogma não é lógica e juridicamente obrigatório, mostra a *praxis* e a teoria do direito austríaco: segundo o art. 140 da Lei Constitucional da Federação nos termos da redação de 1975, o Tribunal Constitucional austríaco invalida as leis inconstitucionais. A invalidação entra em vigor com a comunicação (*ex nunc*) ou até mesmo somente após um determinado prazo fixado pela Corte Constitucional, que não deverá dilatar-se por termo superior a um ano. Até aí valem as leis inconstitucionais e durante esse intervalo, segundo estatui o art. 89 da Constituição Federal, não compete, nesse ínterim, nem ao Executivo nem aos tribunais o direito de controle. A regulamentação austríaca remonta a Kelsen, que sustentava a tese segundo a qual a Constituição prevê a vigência de leis inconstitucionais ao conter prescrições acerca da invalidação de normas inconstitucionais: 'As chamadas normas inconstitucionais são constitucionais, mas invalidáveis mediante um processo especial'."[56]

55. "Das Erkennmis des VerfGH, mit dem ein Gesetz für verfassungswidrig erkannt wird, hebt dieses Gesetz auf, wobei die Aufhebung am Tage der Kundmachung in Kraft tritt, wenn nicht der VerfGH für das Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Die Anullierung des Gesetzes hat daher ebenso wie bei der abstrakten Normenkontrolle nur Wirkung *ex nunc* (...). Alle übrigen, bis zum Inkrafttreten der Aufhebung gesetzten Vollzugsakte der Verwaltung unter der Gerichte werden durch die Aufhebung nicht berührt (vgl. Erk. Slg. Nr. 1.415/1931).

"Wenn der VerfGH überdies für das Ausserkrafttreten des Gesetzes eine Frist gesetzt hat, ist das Gesetz während des Laufes dieser Frist von allen Behörden so anzuwenden, wie es verfassungsmässig wäre. Hinsichtlisch der Vollzugsakte, die während dieser Frist gesetzt werden, ist also das Gesetz unangreifbar. Das gilt auch bei der abstrakten Normenkontrolle (vgl. Erk. Slg. Nr. 2.583/1953, und Erk. vom 18. März 1959, B 21/59)" (Erwin Melichar, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", in *Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart*, p. 463).

56. "Das dieses Dogma nicht rechtslogisch zwingend ist, zeigt die österreichische Rechhslehre und Praxis: Nach Art. 140 Bundesverfassungsgesetz i. d. F. von 1975 hebt der österreichische VerfGH verfassungswidrige Gesetze auf. Die Aufhebung tritt mit ihrer Kundmachung in Kraft (*ex nunc*) oder sogar erst zu einem von VerfGH bestimmten Zeitpunkt, der nicht länger als 1 Jahr danach liegen darf. Bis

Com relação ao mesmo assunto, constitucionalistas contemporâneos do tomo de R. Walter, Ringhofer, Kleclatsky, Korinek e Ochlinger, a fina flor da terceira geração kelseniana de Viena, poderiam também ser trazidos à consideração, mas é de todo o ponto preferível ir direto à grande vertente, a saber, a Kelsen mesmo, no texto de formulação da Constituição da Áustria, onde desempenhou um papel só comparável ao de Rui Barbosa, com respeito à primeira Constituição republicana do País, de 1891.

Leia-se pois nos incisos terceiro e quarto do art. 140 daquele estatuto básico a essência desses preceitos hauridos no Mestre de Viena:

"A sentença do Tribunal Constitucional, mediante a qual uma lei ou parte desta é invalidada por inconstitucional, obriga o Chanceler federal ou o chefe do governo provincial a uma imediata publicação da invalidação: a invalidação vigora no dia da comunicação, se o Tribunal não estabelecer um prazo para a cessação da vigência. Esse prazo não deve ultrapassar um ano", ou:

"Se uma lei ou parte desta for invalidada como inconstitucional, entram outra vez em vigor no dia da vigência da invalidação, caso o aresto não disponha doutra forma, as determinações legais que, segundo a lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional, haviam sido anuladas. Na comunicação acerca da invalidação da lei deve divulgar-se também se há, e quais são, as determinações legais que entram novamente em vigor".[57]

dahin sind die verfassungswidrigen Gesetz gültig, und gem. Art. 89 Bundesverfassungsgesetz steht weder der Exekutive noch den einfachen Gerichten in der Zwischenzeit ein Prüfungsrecht zu. Die österreichische Regelung geht wohl auf Kelsen zurück, der die These vertrat, dass die Verfassung die Geltung verfassungswidriger Normen vorsehe, wenn sie Vorschriften über die Aufhebung verfassungswidriger Normen enthalte: 'Die sogenannten *verfassungswidrigen* Gesetze sind verfassungsmässige, aber in einem besonderen Verfahren aufhebbare Gesetze'" (Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht – *Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, p. 162).

57. "Das Erkanntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz oder ein bestimmer Teil eines solchen als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung; die Aufhebund tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Ausserkrafttreten eine Frist bestimment. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschereiten.

"Wird durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ein Gesetz oder ein Teil eines solchen als verfassungswidrig aufgehoben, so treten mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebungs, falls das Erkenntnis nicht anderes ausspricht, die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Wirksamkeit, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. In der

Entre as Cortes Constitucionais mais fecundas da Europa, que mais têm contribuído para o aperfeiçoamento e a criatividade teórica em matéria constitucional, colocando o Direito bastante perto da realidade no quadro dos equilíbrios de uma época acerbada de conflitos entre o Estado e a Sociedade, tamanho o volume dos interesses em antagonismo e a convulsão passional dos dogmas ideológicos, figura incontrastavelmente o Tribunal de Karlsruhe. Seus arestos iluminaram já questões sobremodo controvertidas, com repercussão sobre formalismos que a tradição e a imobilidade haviam arraigado na esfera dos conceitos, refreando não raro os corretivos com que o Direito se afeiçoa à realidade.

A doutrina constitucional tem constatado na jurisprudência daquela Corte um abrandamento de posições quanto ao rigor com que dantes as sentenças de inconstitucionalidade incidiam sobre a norma formulada pelo legislador. Já não se trata simplesmente de uma saída hermenêutica pelo método de "interpretação conforme a Constituição" (*Verfassungskonforme Auslegung*) para declarar inconstitucional uma lei unicamente se não for possível por nenhuma via preservá-la incontaminada do vício irremovível, mas de não declarar em qualquer hipótese e em todos os

Kundmachung über die Aufhebung des Gesetzes ist auch zu verlautbaren, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten" ("Österreich, das Bundesverfassungsgesetz", *apud* P. C. Mayer-Tasch, *Die Verfassungen Europas*, 2ª tir., p. 474).

4 Admite Kelsen que enquanto uma lei não for invalidada por inconstitucional para todos os casos aos quais se aplique e não apenas para um caso concreto, "até este momento, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito". Uma tal lei, prossegue, pode permanecer vigente muitos anos e ter aplicação, antes que seja abolida como "inconstitucional" por um tribunal competente. Significa isto todavia que as prescrições da Constituição atinentes à invalidação de leis que não correspondem às determinações diretas que regem a legislação, têm este sentido: o de que também as leis, em desconformidade com estas disposições, devem valer, enquanto não tenham sido invalidadas segundo o modo prescrito pela Constituição. As chamadas leis "inconstitucionais" são constitucionais, mas são leis invalidáveis mediante um processo especial. Coteje-se a tradução com o original:

"Bis zu diesem Augenblick aber ist das Gesetz gültig und von allen rechtsanwendenden Organen anzuwenden. Ein solches Gesetz kann viele Jahre in Geltung stehen und angewendet werden, bevor es durch das zuständige Gericht als *verfassungswidrig* aufgehoben wird. Das bedeutet aber, dass die Verschriften der Verfassung bettrefend die Aufhebung von Gesetzen, die den direkten, die Gesetzgebung regelnden Bestimmungen der Verfassung nicht entspreche, den Sinn haben, dass auch Gesetze, die diesen Bestimmungen nicht entsprechen, gelten sollen, woweit sie nicht und solange sie nicht in der von der Verfassung vorgeschriebenen Weise aufgehoben werden. Die sogenannte 'verfassungswidrigen' Gesetze sind verfassungsmässige, aber in einem besonderen Verfahren aufhebare Gesetze" (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 278).

casos por inválida uma norma que é inconstitucional, ou seja, sem primeiro fazer, em face de situações concretas e sobremodo complexas, um "apelo" vinculado a "diretivas" para obter do legislador uma atividade subseqüente que torne a regra inconstitucional compatível com a Constituição. Nesse ínterim, poderá a Corte manter ao mesmo passo a provisória validade da lei. Evitar-se-ia, por conseguinte, que a norma, após a constatação judicial de inconstitucionalidade, fosse de imediato retirada da ordem jurídica.

Dentre os vários constitucionalistas que já assinalaram essa tendência ou variação, divisada nos arestos daquela Corte, figura um dos mestres do Direito Público alemão, o Professor Klaus Stern, da Universidade de Colônia, que escreve:

"O último objetivo emergiu deveras claro, em época mais recente, quando o Tribunal Constitucional Federal deixou de declarar por inválida em todos os casos uma norma inconstitucional, mas tão-somente constatar sua colisão com a Constituição e exortar o legislador a restabelecer a compatibilidade constitucional. Com este 'apelo' ao legislador, se vinculam, ao mesmo passo, com freqüência, 'diretivas' de como o legislador tem que legislar."[58]

Depois de referir a eficácia dos arestos do Tribunal, que têm força de lei (*Gesetzkraft*) e apontar no controle abstrato de normas de sua eficácia em relação a todos (*erga omnes*), o Professor Stern pondera as obscuridades que podem nascer, todavia, quanto à natureza jurídica daquela eficácia, sendo aliás a falta de clareza condicionada pelas distintas concepções acerca dos efeitos das decisões proferidas no exercício do controle de normas.[59]

Acentua o abalizado constitucionalista que a tese tradicional de que as normas jurídicas inconstitucionais têm desde o princípio (*ex tunc*) uma nulidade *ipso iure*, há sido, de último, alvo de redobrados ataques, arrolando entre os juristas que mais se ocuparam do assunto os nomes de H. Soehn, Chr. Pestalozza e C. Moenche.

58. "Das letztere Ziel tritt in jüngerer Zeit deutlicher hervor, da das Bundesverfassungsgericht dazu übergeht, nicht in jedem Fallen eine verfassungswidrige Norm für ungültig zu erklären, sondern nur ihren Verfassungsverstoss festzustellen und den Gesetzgeber aufzufordern, den verfassungsgemässen Zustand herzustellen (unten 3g y). Zugleich werden mit diesem *Appel* an den *Gesetzgeber* häufig Direktiven verbunden, wie der Gesetzgeber zu legiferieren hat" (Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. II, 1980, p. 984).

59. Klaus Stern, ob. cit., p. 1.309.

Mas não tem sido unicamente na esfera doutrinária que aquele entendimento vem sendo abalado ou questionado. Em verdade, já deixou ele de prevalecer em alguns acórdãos da Corte de Karlsruhe, onde se observam manifestas tendências para um desvio de rumo quanto à nulidade *ipso iure* das normas jurídicas inconstitucionais. Chega aquele Tribunal a admitir que os efeitos da invalidade podem padecer limitações no interesse da segurança jurídica.[60]

Em rigor, tais tendências se acentuam de tal maneira, a esta altura, que o exame da jurisprudência constitucional daquela Corte fez com que alguns juristas alemães principiassem a falar de um novo tipo ou figura oriunda das fórmulas decisórias do Tribunal, a saber, a variante declaratória da "incompatibilidade" da lei com a Constituição (*Unvereinbarkeit*), distinta da tradicional e severa declaração de "nulidade" ou "invalidade" (*Nichtigkeiterklärung*).

Não há tampouco acordo de terminologia para separar as duas espécies decisórias, isto é, as duas declarações, conforme adverte Schlaich.[61] Acrescenta ele noutro lugar que o Tribunal emprega de modo cada vez mais freqüente esse tipo de decisão sobre a lei "somente incompatível" e não "nula" ("Das BVerfG verwendet diesen Entscheidungstypus des nur unvereinbaren, aber nicht nichtigen Gesetzes immer häufiger").[62]

Muitas têm sido as fundamentações invocadas nos arestos para introduzir essa nova direção jurisprudencial, que tem o propósito de evitar, por exemplo, a declaração de nulidade, "se ao legislador restarem algumas possibilidades de remoção da inconstitucionalidade".[63]

Outra razão entende com a segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora inconstitucionais, possam existir ou ter eficácia durante um prazo de transição, levando-se em conta que a invalidade das prescrições das Constituições, ou seja, a supressão da norma por declaração de nulidade, produziria uma situação que aos julgadores se afigura mais "inconstitucional" do que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas "incompatível" com a Constituição.[64]

60. Klaus Stern, ob. cit., p. 1.038.
61. Klaus Schlaich, ob. cit., p. 169.
62. Klaus Schlaich, ob. cit., p. 170.
63. Klaus Schlaich, ob. cit., pp. 170/171.
64. Klaus Schlaich, ob. cit., p. 171, com remissão a arestos do Tribunal Constitucional.

Inclinando-se por um abrandamento da velha ortodoxia concernente aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, o Tribunal chegou mesmo a introduzir uma regra vazada nos seguintes termos:

"(...) Excepcionalmente, disposições inconstitucionais devem, em parte, ou totalmente, continuarem a ter aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional fizer necessário por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito, que se deixe existir o preceito inconstitucional como regulação durante um período de transição, a fim de que nesta fase uma situação não se produza muito mais apartada da ordem constitucional do que aquela até então prevalecente."[65]

A jurisprudência constitucional tende assim a criar um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição. Desse modo essa jurisprudência se arreda, por inteiro, das declarações puras e simples de "nulidade", que fazem *tabula rasa* da obra do legislador. Isto de tal sorte que possa o autor das leis – o Poder Legislativo – eleger um desses caminhos: revogar a lei, modificá-la ou completá-la, se para tanto for movido ou despertado pelo aresto judicial da Corte competente. A decisão desta vai, por conseguinte, tão longe que lhe proporciona um determinado limite de tempo para o exercício dessa atividade corretiva, de modo que se possa refazer em bases constitucionais a lei declarada inconstitucional.

A variante consagrada por Karlsruhe consiste basicamente, pois, em reconhecer a "existência da lei", ao invés de decretar, de plano, sua nulidade. Reconhecendo-lhe a existência, admitirá a aplicabilidade ou não-aplicabilidade da norma constante a disposição que sentenciar.[66]

Não se contraponha que as considerações copiosamente expendidas acerca dessa nova direção jurisprudencial se prendem a sistemas jurídicos diferentes, ao direito de outros países e que são de todo inúteis para a nossa ordem de instituições. A uma assertiva desse jaez, notoriamente inane e descabida, basta, para desvanecê-la, não perder de memória que todo o Direito Constitucional brasileiro durante a Primeira Repúbli-

65. "Ausnahmweise sind verfassungswidrige Vorschriften aber voll oder teilweise weiter anzuwenden, wenn die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm es aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere aus solchen der Rechtssicherheit, notwendig macht die verfassungswidrige Vorschrift als Regelung für die Übergangszeit bestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmässigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige" (Klaus Schlaich, ob. cit., pp. 174/175, bem como os acórdãos a que faz remissão).
66. Klaus Schlaich, ob. cit., p. 177.

ca evolveu doutrinariamente atado a clássicos do direito público norte-americano e a juízes célebres da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujas lições sobre *judicial control*, por exemplo, foram aqui acolhidas em razões forenses, arestos, artigos de doutrina, bem como em inumeráveis publicações que opulentaram nossas letras jurídicas.

É de assinalar por igual a esse respeito o superior magistério exercido por Rui Barbosa, estampado em suas obras e pareceres de jurisconsulto os melhores ensinamentos hauridos nos acórdãos da Suprema Corte americana e no saber de seus grandes comentadores.

Prevenimos, por conseguinte, sobredita objeção, assinalando, ao mesmo passo, que os problemas de direito da sociedade moderna, maiormente os derivados do *spät Kapitalismus* do Ocidente, são, sociologicamente, na essência, os mesmos. Sóem assim impetrar não raro a conjugação da velocidade com o imperativo da flexibilidade. De tal sorte que possam com seu dinamismo obter a cada passo soluções largas, abertas e revisoras de posições rígidas antecedentes, concorrendo assim sobremodo para renovar conceitos e alterar dogmas que a irreflexão e a indolência haviam embalsamado. Urge empreender, pois, essa tarefa, quando necessário, em todos os domínios e esferas do Direito Constitucional. Nisso faz-se mister que a jurisprudência caminhe de par com a doutrina e vice-versa.

Mais uma vez o Mestre de Bonn elucida a posição nova, tão reiteradamente seguida nessa década de 1980, a tal ponto que nas estatísticas se equilibram as declarações de nulidade (*Nichtigerklärungen*) com as constatações declaratórias de incompatibilidade (*Feststellungen der Unvereinbarkeit*).[67]

A inferência que resulta, em suma, da variante de incompatibilidade, é que numa sentença de inconstitucionalidade o Tribunal pode reconhecer a existência da lei e ao mesmo passo determinar-lhe a aplicabilidade, ainda que temporária, se obviamente se abstiver de decretar a inconstitucionalidade pela via tradicional, em que se costuma declarar "nula" ou "inválida", sem mais tergiversação, e não "inaplicável" a norma inconstitucional (*nichtig* e não *unvereinbar*). É de entender que a declaração de inconstitucionalidade – em se tratando de sentença que declare a lei *incompatível* com a *Constituição* sem fulminar-lhe expressamente a

67. "Seit 1980 halten sich statistich die Nichtigerklärungen und die Festtellungen der Unvereinbarkeit sogar die Waage" (Klaus Schlaich, ob. cit., p. 169. K. Schlaich faz também menção de Ipsen, *Rechtsfolgen* (An. 19), p. 108 e o *Datenbuch der Geschichte des Deutschen Bundestages 1949/1982*, pp. 738 e ss.)

nulidade – não chega a fixar em definitivo uma situação jurídica, tornando-a ainda passível de nova decisão. Em outras palavras, a declaração de *incompatibilidade* deixa pendente a decisão de casos singulares ou isolados, até que o legislador decida a forma de "remover a situação de inconstitucionalidade". É esta indubitavelmente a essência da lição ministrada pelo constitucionalista Klaus Schlaich. Acrescenta ele mais um ponto de relevância: suspende-se a eficácia da sentença para evitar a autoridade da coisa julgada ("um so den Eintritt der Rechtskraft zu verhindern"), o que também ocorre em se tratando de aplicação provisória e autorizada de uma norma inconstitucional.[68]

Como se vê, as sentenças de declaração de inconstitucionalidade se prestam, em face de tendências jurisprudenciais tão assinaladas como as que acabamos de apontar, a um exame deveras meticuloso, com emprego dos meios elucidativos que se fizerem mais adequados para discenir, diante de cada caso concreto, o alcance da incidência de inconstitucionalidade.

Ter-se-á sempre em vista, seja qual for a forma de controle normativo – abstrato ou concreto –, o teor material do acórdão, a fim de conjurar ou precaver ofensas a direitos subjetivos, os quais a ordem jurídica tutela e não podem ficar vulneráveis a atos de arbítrio, sem forma nem figura de juízo, quais aqueles que possam ser perpetrados usurpatoriamente por uma autoridade coatora.

68. Veja-se Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, ob. cit., pp. 172 e 180.

Capítulo 10

AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS NO SISTEMA FEDERATIVO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. A dimensão federativa conferida ao Município pela Constituição de 1988. 2. O Município brasileiro na vanguarda dos modelos autonomistas. 3. A teoria do poder municipal em face do Estado. 4. A batalha pelo "pouvoir municipal" na Europa. 5. O poder do Município, um poder pré-estatal na Constituição de 1988. 6. A teoria constitucional das garantias institucionais e a autonomia do Município. 7. A garantia institucional do "mínimo intangível" na autonomia do Município. 8. A autonomia financeira do Município e o Estado-membro. 9. A "constitucionalização administrativa" das Regiões. 10. A marcha para uma "constitucionalização política" das Regiões.

1. A dimensão federativa conferida ao Município pela Constituição de 1988

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.

Com efeito, as mudanças havidas, conforme intentaremos demonstrar, alargaram o raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação já se não pode levar a cabo com indiferença à consideração da natureza e, sobretudo, da dimensão trilateral do novo modelo de federação introduzido no País por obra da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988.

Poder-se-ia até dizer que a autonomia do município recebeu um reforço de juridicidade acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos tocante à mesma matéria, não podendo pois tal densidade normativa deixar de pesar bastante, toda vez que, em busca de solução para problemas concretos de inconstitucionalidade, se aplicarem os recursos hermenêuticos indispensáveis à avaliação daquela garantia, consoante o modelo e a substância das regras que fluem da Constituição.

Faz-se mister assinalar desse modo o significado decisivo, inédito e inovador que assume o art. 18 da Constituição vigente. Esse artigo inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.

Não é somente no Brasil que se têm congregado vastas correntes de opinião para alargar a esfera do município na organização estrutural da forma de Estado. Também na República Federal da Alemanha esteve essa idéia tão viva e presente que dela se ocupou a Comissão da Câmara dos Deputados (*Bundestag*), incumbida de fazer uma *enquete* sobre a reforma da Constituição. A Comissão contudo, ao contrário do que esperavam algumas forças políticas, emitiu parecer negativo a toda a inovação que viesse alterar a posição constitucional do município no ordenamento federativo alemão. Pelo que consta do famoso Relatório intitulado *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform (II), Bund und Länder (1973-1976)*, a Comissão rejeitou a proposta de introduzir-se no Conselho Federal (*Bundesrat*), equivalente ao nosso Senado, uma representação dos municípios, por entender que isto conduziria a uma completa "federalização" (*Vollföderalisierung*), não somente das esferas estatais, mas também das municipais, provocando assim alteração substancial da ordem federativa, bem como mudança de qualidade e estrutura do *Bundesrat*.

Veja-se a esse respeito o que consta do sobredito Relatório.[1]

Todavia, no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Traz o art. 29, por sua vez, um considerável acréscimo de institucionalização, em apoio à concretude do novo modelo federativo estabelecido pelo art. 18, visto que determina seja o município regido por lei orgânica, votada por *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo ao que possuem as cartas constitucionais.

1. Trata-se do "Schlussbericht der Enquete-Komission", in *Zur Sache-Themen Parlamentarischer Beratung*, 2, p. 223.

Enfim, o art. 30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida aos textos antecedentes de nosso constitucionalismo.

A combinação dos três artigos será doravante a pedra angular de compreensão da autonomia do município, que qualitativamente subiu de degrau com a adição política feita ao todo federativo, em cujo arcabouço se aloja. Houve assim inovação de fundo e substância, cuja profundidade se mede pela importância da mudança operada. Essa mudança espanca muitas dúvidas que pairavam no passado tanto nas regiões da doutrina como da jurisprudência, acerca da autonomia municipal e dos seus limites teóricos e objetivos, que, de último, lhe foram traçados com mais amplitude, generosidade, e precisão.

Em todos os sistemas constitucionais, de natureza federativa ou unitária, a história da autonomia municipal é uma crônica política de oscilações, que variam pendularmente do alargamento à contração, conforme haja ocasiões mais propícias para concretizar o princípio da liberdade na organização das estruturas estatais.

Liberdade e democracia exercem inigualável influxo sobre a maior ou menor amplitude da autonomia municipal. Não foi sem razão que Stier-Somlo, num debate de constitucionalistas sobre administração autônoma dos municípios, disse que não se tratava em absoluto de um problema unicamente jurídico, mas de um tema com o qual cada geração se defronta para resolvê-lo segundo a posição histórica e as características próprias que lhe correspondem.

As inovações jurídicas e os anseios modernizadores empreendidos nesse tocante – assinalava o professor weimariano já em 1925 – caíram debaixo da influência essencial das correntes de idéias que impulsionavam a democracia, o parlamentarismo e o socialismo da época. O aspecto jurídico da autonomia municipal era apenas parte do fenômeno conjunto, que precisava de ser visualizado de modo também conexo, do ponto de vista político, econômico, financeiro e sociológico.[2]

O mesmo Stier-Somlo mostrou também as oscilações históricas da autonomia conforme ocorra o predomínio das forças liberais ou das correntes que fortalecem o social, mas enfraquecem, em conseqüência, o princípio autodeterminativo da comunidade.

2. Fritz Stier-Somlo, "Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts", in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, fasc. 2, pp. 124/125.

Diz o publicista: "Em épocas de fortes correntes liberais, de um combalido sistema de sobreexcitação das forças estatais, logra-se freqüentemente a mais larga autonomia municipal; 'os freios de superintendência do Estado são arrastados pelo chão. Mas logo sobrevêm outros tempos, em que a medida de auto-administração retrocede em favor da coletividade e do pensamento social" ("In Zeiten stark liberaler Strömmungen, häufig als Gegensätze einem bekämpften System der Überspannung der Staatskräfte entstanden, kommt man zur weitestgehenden Selbstverwaltung, 'die Zügel der Staatssaufssicht werden auf dem Boden geschleift'. Dann gibt es wieder andere Zeiten, in denen das Mass der Selbstverwaltung zu gunsten des Gemeinschafts – und sozialen Gedankens zurückgedrängt wird").[3]

2. *O município brasileiro na vanguarda dos modelos autonomistas*

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.

Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988.

A concepção política desse poder transitou de uma modalidade "política" e abstrata, historicamente frágil e passageira, não obstante sua amplitude teórica, para uma versão mais sólida, porém menos larga, ou politicamente menos ambiciosa, a qual, em compensação, lhe confere, dentro de quadros formais rígidos, uma superior conotação de juridicidade institucional, de máxima autonomia possível. Um poder municipal realisticamente concebido, pois, *no* Estado, em contraste com aquele esboçado *contra* o Estado, conforme constava das primeiras versões políticas da filosofia da liberdade.

Com efeito, uma ligeira sinopse teórica da progressão municipalista em matéria de autonomia, tanto em nosso Direito, desde a Constituição de 1824, como no Direito constitucional comparado das nações

3. Ob. cit., p. 176.

européias, nomeadamente aquelas que elegeram a trilha do federalismo, demonstra sobejamente que a caminhada institucional, na rotação dialética de avanços e recuos, atravessa um cipoal de contradições documentadas pela história mesma. Mas ela se deu sempre no sentido de consolidar em bases jurídicas uma autonomia dantes postulada com o ardor da ideologia e o passionalismo das grandes teses liberais do século XIX.

A tensão entre o município e o ordenamento estatal propriamente dito tem, por conseguinte, profundas raízes históricas. Em verdade, o município, tanto quanto a família ou a tribo, antecede o Estado: é um *prius*; um valor dotado de mais ancianidade.

Sobre essa anterioridade do município em relação ao Estado pôde Jellinek discorrer deste teor, com a proficiência que lhe é habitual:

"Na literatura de todos os povos modernos sempre retorna a idéia de que a comunidade é formação natural, é originária, precede o Estado e não foi por este criada. Tem, em rigor, sua derradeira origem nas explicações de Aristóteles acerca do desenvolvimento histórico dos Estados, que fazem o Estado resultar da união de muitas povoações" ("In der Literatur aller Länder modernen Völker kehren die Gedanken wieder, dass die Gemeinde eine natürlich Bildung, dass sie ursprünglicher Art sei, dem Staat vorangehend, nicht vom Staate geshaffen. Sie haben wohl in all ihre letzten Ursprung in den Ausführungen des Aristoteles über die historiche Staatsentwicklung, die den Staat aus den Vereinigung mehrerer Ortschaften entstehen lässt").[4]

3. *A teoria do poder municipal em face do Estado*

O *pouvoir municipal*, acerca do qual tanto já se escreveu desde fins do século XVIII e ainda se continuou a escrever durante o período áureo do liberalismo no século XIX, não deriva do Estado; quando muito nascem ambos – "poder municipal" e Estado – ao mesmo tempo.[5]

Reportando-se a esse poder, bem como às autoridades locais e a um novo gênero de federalismo, Benjamin Constant não trepidou em asseverar que se os administrados não obedecessem ao referido poder pela força ou pela coação – de que aliás ele é pouco dotado – haveriam de obedecer-lhe por interesse próprio.[6]

4. Georg Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, v. 2, pp. 310/311.
5. Herbert Krueger, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª tir., pp. 865/866.
6. Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, pp. 98 a 103.

Foram os franceses que sabiamente distinguiram duas espécies de funções, direitos ou competências dos municípios, fazendo nascer o célebre e vetusto princípio da automonia municipal: aquelas funções que os municípios possuem ou exercem em caráter próprio, e se referem a interesses exclusivamente comunitários; e as demais, que lhe são delegadas pelo interesse geral, fixadas por lei, e exercidas, como disse Carré de Malberg, na qualidade de mandatário do Estado.

A doutrina constitucional francesa da primeira fase do período revolucionário, concebendo o axioma político de um *pouvoir municipal*, remonta doutrinariamente a reflexões de d'Argenson e Turgot, segundo refere Jellinek.[7] O primeiro, ao escrever ainda no reinado de Luís XV, em 1764, a obra intitulada *Considérations sur le Gouvernement Ancien et Présent de la France*, impressa em Amsterdam, e o segundo, ao apresentar a Luís XVI, em 1776, uma importantíssima Memória acerca da necessidade de uma descentralização das instituições francesas. Nessa Memória já antecipava ele a idéia de uma representação municipal eletiva, que seria a base de todos os poderes locais e provinciais.

A paternidade francesa da automonia municipal, a partir obviamente do conceito de *pouvoir municipal*, teve na doutrina seus créditos restaurados contra uma suposta originalidade dos legisladores austríacos, graças a elucidações contidas numa conferência proferida em Viena, a 8 de fevereiro de 1889, por Georg Jellinek, e pela primeira vez estampada em 1911, no segundo volume de *Discursos e Obras Selecionadas* (*Ausgewählten Schriften und Reden*).

A lei austríaca sobre comunidades (*Gemeindegesetz*), de 17 de março de 1849, fixava o entendimento de que as comunidades ou municípios eram corporações de direito público, que também possuíam em face do Estado um círculo jurídico de ação autônoma. Mas essa idéia de esfera autônoma do município já circulara tanto em França como na Alemanha, e se caíra em esquecimento, fora em conseqüência dos reveses padecidos pela liberdade.

Aquela distinção, de que flui a autonomia municipal, esteve vazada pela vez primeira nos artigos 49 a 51 da lei de 14 de dezembro de 1789 sobre a organização das municipalidades e reapareceu na Constituição de 1791, título II, artigos 9º e 10: "Il pourra être délégue aux officiers municipaux quelques functions relatives à l'intérêt général de l'État. Les régles que les officiers municipaux seront tenus de suivre dans l'exercice

7. G. Jellinek, ob. cit., pp. 339 e ss.

des fonctions tant municipales que de celles qui leur auront être délégués pour l'intérêt général, seront fixées par les lois".

Esse artigo fora, aliás, precedido do relatório de Thouret na Comissão da Constituição, onde, em 29 de setembro de 1789, ele declarava, com toda a solenidade, que os municípios tinham sua própria esfera de assuntos privativos e, por conseguinte, se colocavam perante o Estado da mesma forma que os indivíduos na condução de seus negócios particulares. Acrescentava, ao mesmo passo, serem tais assuntos tanto de natureza legislativa como executiva, não podendo ser, pois, resolvidos senão através de órgãos das municipalidades.[8] Tratava-se, segundo Jellinek, da doutrina de um quarto poder no Estado, que não pertence propriamente ao Estado; em suma, formulava-se a doutrina do *pouvoir municipal*.

Dali, porém, a autonomia municipal, enquanto concepção de poder – *pouvoir communal* – se trasladou para os arts. 31 e 108 da Constituição da Bélgica, de 7 de fevereiro de 1831. O art. 31 declarava que "os interesses exclusivamente comunais ou provinciais" eram regulados pelos conselhos comunais ou provinciais, "de conformidade com os princípios estabelecidos pela Constituição" ("Article 31. Les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux"). Já o art. 108, não só reiterava que as instituições provinciais e comunais eram regidas pelas leis, senão que estabelecia os princípios cuja aplicação consagrava.

4. *A batalha pelo "pouvoir municipal" na Europa*

A doutrina municipalista dos franceses da Revolução sucumbiu no país de origem, depois de haver florescido novamente com a escola constitucionalista da Restauração. Publicistas do quilate de Berton, Duvergier, Paneym, Laujuinois, Keratry, Dupin e Barante, segundo Jellinek, não somente se opunham à tirania dos Bourbons sobre os municípios, como proclamavam a necessidade de um "poder municipal" – *pouvoir municipal* – o "mais antigo de todos" ("le plus ancien de tous").[9]

A centralização de poderes ou a vocação unitarista se tornou, todavia, em França, o traço institucional mais palpável da organização do Estado. A tese municipalista se viu portanto compelida a asilar-se, como concepção de um quarto poder – o poder do município – entre os fautores das doutrinas liberais da Bélgica, Alemanha e Áustria.

8. G. Jellinek, ob. cit., p. 342.
9. G. Jellinek, ob. cit., pp. 344/345.

Na Bélgica o princípio se revigorou com a exemplar Constituição de 1831.

Na Alemanha, Rotteck, chefe de certa escola liberal, desenvolveu a tese de que todo grande Estado na essência não é senão uma federação de comunidades ("eine Föderation von Gemeinden").[10] De tal sorte que suas idéias, unidas às do constitucionalismo belga, exerceram depois um poderoso influxo sobre a Constituição do Império alemão, de 28 de março de 1849 – A *Paulskirchenverfassung* dos constituintes liberais de Frankfurt.

Na Áustria a lei de 17 de março de 1849 declarou o município a base de um Estado livre, seguida doutra – a de 5 de março de 1862 – que estabeleceu aquela distinção célebre entre o círculo autônomo de eficácia pertencente à comunidade e o círculo onde a mesma comunidade desempenha tão-somente funções delegadas pelo Estado.

O conceito de "círculo de eficácia autônoma" do município, onde, em verdade, se encaixa a gênese e a essência da autonomia municipal, tem sido justificado por alguns publicistas com base em postulados do Direito Natural.

Stier-Somlo, o velho Mestre de Colônia, fazendo-se órgão das mesmas idéias de Jellinek, já contidas no célebre ensaio que este publicou sobre as origens do princípio da autonomia, disse que "o pensamento do círculo de eficácia autônoma dos municípios é, sem dúvida, desde o século XVIII, tão-somente a aplicação da idéia jusnaturalista de que as comunidades, tanto quanto o indivíduo, possuem por igual um conjunto de direitos próprios e intangíveis, um direito fundamental que o Estado não cria mas apenas reconhece e que são direitos natos dos municípios ("der Gedanke des selbstständigen Wirkungskreises der Gemeinden ist jedenfalls seit dem 18. Jahrhundert lediglich die Anwendung der naturrechtlichen Vorstellung, dass auch die Gemeinde wie der Einzelperson, einen Bestand eigener und unantastbarer Rechte, ein Grundrecht hat die der Staat nich schfafft, sondern nur anerkennt, die der Gemeinde angeborenen sind").[11]

5. *O poder do Município, um poder pré-estatal na Constituição de 1988*

No Brasil é também o poder municipal anterior ao Estado e à Nação, tendo sido com os Senados das Câmaras aquele poder que conferiu

10. G. Jellinek, ob. cit., p. 345.
11. Fritz Stier-Somlo, ob. cit., p. 131.

base de legitimação ao constitucionalismo imperial, fundador de nossas instituições. Sem a verdade histórica e política do município, a outorga da Carta imperial durante o Primeiro Reinado teria ficado aquém de toda a legitimidade.

Só tem sentido, pois, fazer essa larga digressão acerca de uma teoria do "poder municipal" – quarto poder no plano horizontal de Jellinek e terceiro na escala vertical da ordenação federativa – se realmente quisermos justificar e fundamentar também com um subsídio histórico substancial, como é nosso propósito e disposição, o princípio da autonomia do município.

Aufere ele, sem dúvida, relevância nova e decisiva a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, a qual o elevou a um grau qualitativo muito acima daquele a que juridicamente esteve cingido em quase cem anos de constitucionalismo republicano.

Se a nova Constituição do Brasil, compendiando a autonomia municipal ainda não classifica o poder do município como um poder estatal (pré-estatal ele já o é doravante fora de toda a dúvida), é evidente, contudo, que ao emprestar àquele ente uma natureza federativa incontrastável, o fez peça constitutiva do próprio sistema nacional de comunhão política do ordenamento.

Deu assim um gigantesco passo em prol do sobredito princípio, agora rodeado de proteção mais adequada e eficaz em relação aos legisladores, nomeadamente aqueles que atuam na órbita do Estado-membro: proteção para forrar o instituto a lesões feitas à sua intangibilidade, quais aquelas, de último, perpetradas por algumas Constituintes estaduais. Tais lesões devem ser cuidadosamente evitadas, a fim de que se conserve a incolumidade da Constituição. É dever de todos nós manter a autoridade e supremacia da Carta com o zelo, a intransigência e a devoção que urge consagrar àquela que representa a mais alta regra de organização jurídica do País. Em rigor, mostraram-se alguns colégios constituintes dos Estados-membros desatentos à variação básica operada pela Carta de 1988 tocante à extensão e eficácia de que doravante se reveste a *garantia institucional* consubstanciada na autonomia do município.

Preceitos como os contidos nos artigos 30, 33, 37 e §§ 6º e 20 da Constituição do Ceará, bem como nos artigos 2º e 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dessa Constituição, relativos, respectivamente, a encargos de transporte de alunos, determinação de percentual de remuneração tanto para vereadores das Câmaras Municipais do interior do Estado como para prefeito, vedação ao município de atribuir nome de pessoa viva a logradouros e construções públicas, imposição

de modificações territoriais a um município, nomeado pelo constituinte, sem audiência da coletividade interessada e, finalmente, outorga de estabilidade a servidores públicos municipais, significam, por exemplo, uma descabida intervenção na esfera autônoma de competência do município, a saber, a ocupação daquele espaço mínimo de inviolabilidade que até mesmo as Constituições mais centralizadoras de Estados unitários, em geral, não recusam às suas comunidades locais.

Isto, sem fazer menção aos sistemas de união de Estados, qual o nosso, onde a invasão do Estado-membro na área de competência do município representa no caso a cassação da autonomia, que não é mera descentralização nem dádiva de um poder unitário, mas espécie de *self government*, com toda a força em que se possa ele fundar escorado na mais tradicional das garantias institucionais produzidas constitucionalmente pelos sistemas federativos em proveito das comunidades: a autonomia municipal.

6. *A teoria constitucional das garantias institucionais e a autonomia do Município*

Vejamos, a seguir, que alcance jurídico tem para uma organização federativa e constitucional como a nossa, recém-provida de um novo texto magno, o teor da garantia institucional que protege a autonomia do município.

Mais do que uma proteção *especial* segundo a linguagem de Carl Schmitt, a garantia institucional se caracteriza como proteção *qualificada*, no dizer de Klaus Stern, Mestre de Colônia.[12]

Ao crepúsculo da República de Weimar, a administração autônoma do município e a burocracia profissional cresceram de importância na jurisprudência, rodeadas de uma garantia institucional, que renasceu mais aperfeiçoada, conforme assevera Stern, com a Lei Fundamental de Bonn.

Não coube assim aos constitucionalistas da nova geração e aos juízes da Corte Constitucional de Karlsruhe senão retomar, servidos de reflexão crítica e corretiva, a mesma linha conceitual já desenvolvida, com bom êxito e originalidade, pelos seus predecessores de Weimar, reconhecendo, qual o fizeram Theodor Maunz e Ulrich Scheuner, na década

12. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 180 e Klaus Stern, *Das Staasrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. I, pp. 761/762.

de 1950, a autonomia municipal do art. 28, § 2º da Lei Fundamental como uma *garantia institucional*.[13]

A essa doutrina da garantia institucional ministrada pelo constitucionalismo de Weimar, Scheuner acrescentou um vigor novo de atualização no seu clássico estudo de 1953 sobre "As Garantias Institucionais da Lei Fundamental", a que logo aderiram os comentadores do novo texto constitucional alemão de 1949.

Estenderam eles, segundo Klaus Stern, o círculo da garantia institucional além dos limites traçados pelo constituinte de 1919. Foi este o caso de F. Klein, que provocou a reação de juristas da envergadura de G. Duerig, colega de Maunz nos Comentários à Constituição de Bonn, o qual advertiu acerca dos perigos de uma dissolução sociológica da garantia, em razão da amplitude preconizada por Klein.

Impetrou o jurista Duerig, da Alemanha, um retorno à compreensão clássica das garantias institucionais, entre as quais assoma a autonomia do município, ao mesmo passo que distinguiu entre garantias do instituto e garantias institucionais, uma distinção de extrema importância também para a salvaguarda de direitos fundamentais.[14]

Garantias do instituto, segundo ele, são garantias de instituições relacionadas com direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, ao passo que garantias institucionais são aquelas cuja existência independe de direitos fundamentais subjetivos.[15]

7. *A garantia institucional do "mínimo intangível" na automonia do Município*

A teoria constitucional demonstra, de maneira persuasiva, que aquele núcleo central e medular ferido por uma eventual ingerência normativa do Estado-membro corresponde a um espaço autônomo mínimo, que até mesmo onde a autonomia municipal não logrou a amplitude federativa alcançada no Brasil desde a Constituição de 1988, tem sido inviolavelmente preservado, debaixo do manto protetor da garantia institucional cujo reconhecimento, assim pela doutrina como pela jurisprudência, re-

13. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 1951, pp. 77 e ss.; e Ulrich Scheuner, "Die Institutionellen Garantien des Grundgesetezes" (1953), in *Staatstheorie und Staarecht, Gesammelt Schriften*, pp. 665 a 708.

14. Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

15. G. Duerig, nos comentários *Maunz-Duerig*, art. 1º, nota 97, *apud* Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

presenta um dos mais arrojados passos com que se tem acautelado a hierarquia, a legitimidade, a eficácia e a supremacia das normas constitucionais, doutro modo expostas, sem socorro possível, ao arbítrio e à inconsistência de vontades legislativas inferiores.

A garantia institucional da autonomia do município, tanto quanto a da propriedade, foi aquela de que se valeu Carl Schmitt para ilustrar seu rico e denso comentário ao art. 127 da Constituição de Weimar, escrevendo: "Pertence ao espírito da garantia institucional da administração autônoma do município, que certos traços típicos – feitos no desenvolvimento histórico característicos e essenciais – devem ser protegidos, por este modo e garantia, contra uma remoção levada a cabo pelo legislador ordinário. Em conseqüência, não tem o legislador mão livre no que se refere à organização e ao círculo material de eficácia dos municípios nem tampouco tocante à organização da fiscalização do Estado, se é que a garantia ainda tem, afinal de contas, um conteúdo".[16]

Comentando o art. 127 da Constituição de Weimar, Carl Schmitt, conforme vimos, demonstrou que uma garantia institucional protege o instituto contra a ação normativa do legislador, invasora do seu espaço jurídico-constitucional. Mas o fez sem explicitar que a proteção – embora isso pudesse ser inferido – se estendia também às lesões perpetradas pelo legislador constituinte do Estado-membro.

Algum hermeneuta superficial e desavisado, cingido unicamente à literalidade da palavra legislador nomeada por Schmitt, poderia, acaso, supor, com leviandade, despreparo e erro, que o constituinte estadual não fora ali abrangido pelo raio conceitual da proteção estabelecida.

Ao apagar das luzes da República de Weimar, um de seus últimos e mais abalizados publicistas ministrou, pois, com toda a evidência e clareza, a grande lição teórica das garantias institucionais, deixando assim bem patente que é da essência, do significado e do fim dessa garantia oferecer proteção "contra qualquer espécie de legislação do Estado-membro", seja ela de grau ordinário, seja de grau constitucional, desde

16. "Es liegt im Sinne der institutionellen Garantie der Selbstverwattung, dass gewisse typische Merkmale, wie sie sich in der geschichtlichen Entwicklung als charakteristich und wesentlich herausgebildet haben, durch diese Art und Garantie vor einer Beseitigung durch den einfachen Gesetzgeber geschützt werden sollen. Infolgedessen hat der Gesetzgeber weder hinsichtlich der Organisation noch hinsichtlich des gegenständlichen Wirkungskreise der Gemeinden noch endlich hinsichtlich der Gestaltung überhaupt noch einen Inhalt haben soll" (Carl Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung" (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 140).

que atinja o "mínimo intangível" de Carl Schmitt ("unantastbares Minimum"), o "mínimo essencial" de G. Anschuetz e R. Thoma ("das Minimum dessen, was ihr Wesen ausmacht"), e a "identidade" de F. Giese (*Identität*), a saber, aquilo que faz a natureza e o conteúdo de uma garantia institucional.[17]

8. *A autonomia financeira do Município e o Estado-membro*

Em países de sistema federativo onde a autonomia municipal não chegou ao grau culminante de último registrado no Brasil, cuja nova Constituição produziu e institucionalizou um federalismo tridimensional, posto que ainda imperfeito na rudeza de algumas de suas linhas, mas sem paralelo em qualquer outra forma contemporânea de organização do Estado, a administração autônoma do município recebe uma proteção constitucional que faria inadmissíveis e nulos atos legislativos, não importa de que natureza – ordinária ou constituinte – praticados na esfera do poder do Estado-membro, com violação, em qualquer sentido e direção, daquilo que essencialmente pertence à autonomia das coletividades comunais.

A garantia institucional, representada pela autonomia do município, não pode ser alvo, por conseguinte, de surpresas ou investidas ocasionais, como aquelas que fizessem descer do Estado-membro o raio fulminador de certas franquias reduzidas a cinzas e frangalhos, caso prevalecessem por exemplo regras invasoras, mediante as quais uma Constituição estadual viesse privar o município de poderes normativos inerentes ao exercício de sua autonomia. Seria a hipótese, por exemplo, de as Câmaras Municipais já não poderem sequer estabelecer com independência certas prerrogativas, como a de fixar a remuneração do Prefeito ou os subsídios dos Vereadores.

Ficariam assim tais municípios sujeitos a limitações que a Constituição federal, fiadora do equilíbrio e da harmonia dos entes autônomos, e única a poder fazê-las, não fez, deixando de todo livre à discrição e competência das municipalidades aquilo que é parte integrativa da essência de seus poderes autônomos, ou seja, uma faculdade de caráter financeiro cuja subtração aos corpos titulares legítimos destrói, por inteiro, a autonomia do município.

Basta ver com atenção o art. 29 da Constituição de 1988, que reza: "Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, atendidos os princípios

17. F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsgarantien*, 1934, pp. 130, 134 e 135, bem como Klaus Stern, ob. cit., p. 356.

estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: V – remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura, para a subseqüente, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I."

Ora, dos artigos de que faz menção o sobredito inciso não se infere nenhum preceito que habilite ou legitime, em bases constitucionais, uma formulação legislativa do constituinte estadual para cercear a competência das Câmaras Municipais, com respeito à fixação dos níveis de remuneração de Prefeitos e Vereadores. Se estabelecesse percentuais restritivos, o poder do Estado-membro invadiria a esfera autônoma do município, subvertendo e anulando assim uma das mais sólidas garantias institucionais da Constituição.

Toda lei orgânica municipal que tolher aquele poder com limitações usurpadoras, já não será a carta política da autonomia do município, mas o estatuto da servidão ao domínio arrebatador do Estado-membro; já não corresponderá, pela sua natureza e essência, ao pensamento da lei maior, que é o de fazê-la materialmente o título de alforria das administrações autônomas do município.

9. *A "constitucionalização administrativa" das Regiões*

Desde a proclamação da República até agora, jamais houve da parte das diversas constituintes instaladas neste País ao longo do século XX um estado de ânimo volvido para a necessidade de uma revisão federativa fundamental. O velho modelo precisa de consideráveis aperfeiçoamentos e de certa mudança qualitativa e até estrutural, se possível.

Uma dessas mudanças de base, aconselháveis pela experiência e reflexão histórica extraída dos desvios funcionais do sistema, entende com a introdução de um federalismo de inspiração também regional, marcado pela presença e participação ativa de entes regionais no quadro geral das competências autônomas com feição política.

Uma estreita porta nessa direção se abriu, por obra da Constituinte de 1988, ao promulgar uma Constituição onde as Regiões já aparecem formalmente reconhecidas em termos administrativos pelo texto constitucional, que sobre elas dispõe de maneira ainda tímida e relutante em face da importância política, faticamente assumida, desde muito, em nossa comunhão federativa.

Do ponto de vista constitucional, vale ressaltar novamente, as Regiões foram, por inteiro, ignoradas até a Constituição de 1988. Salvo

uma ou outra menção esparsa e esporádica ao regional, ligado ao desenvolvimento, em raros lugares da lei maior de 1946 e depois, na de 1967, nada havia que configurasse jamais a consciencialização de que as Regiões deviam entrar no corpo normativo da Constituição.

O grande e recente passo a esse respeito se deu pois com aquela Carta que constitucionalizou a Região no art. 43, onde esta encabeça uma das Seções do Cap. VII sobre Administração Pública.

Mas a recepção constitucional das Regiões se fez de forma estritamente administrativa, para efeito apenas de uma ação do Poder Central num "mesmo complexo geoeconômico e social", tendo em vista o desenvolvimento, a integração de regiões em desenvolvimento e a composição dos organismos regionais "na forma da lei" para execução de planos regionais em conjugação com os planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, bem como os incentivos regionais. Toda essa matéria ficou deferida a lei complementar e a legislação ordinária.

Todavia, insistimos na asserção de que a constitucionalização administrativa das Regiões representou já significativo avanço ou abertura. Seus horizontes se alargam consideravelmente se atentarmos que toda a matéria disciplinada no art. 43 da Constituição cresce de importância excepcional, uma vez vinculada ao mandamento do inciso III do art. 3º, que fez um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades regionais, e à regra do inciso VII, do art. 170, onde tal redução de desigualdades avulta como um dos princípios da ordem econômica.

Há assim, concernente à matéria do art. 43 e aos princípios acima referidos, um quadro deveras favorável oriundo do que se venha a estatuir por via legislativa complementar e ordinária.

Esse quadro propiciará uma ampliação considerável do papel das Regiões na moldura econômica do País, por impulso administrativo, com eventuais repercussões políticas, tendentes, sem dúvida, a alargar-se em consonância com a grande realidade que elas já significam na vida da nação. O caminho portanto se descortina para o emergir de uma nova e futura instância federativa – a das Regiões. Será ela um sopro renovador na comunhão dos seres autônomos que compõem a organização político-administrativa propriamente dita do Estado brasileiro.

10. A marcha para uma "constitucionalização política" das Regiões

A constitucionalização política das Regiões já deixou de ser promessa e artigo programático para se converter, pois, numa condensação

visível de interesses, concretamente identificáveis, que se inclinam a concentrar-se cada vez mais em termos regionais na globalização política e econômica do Brasil.

Durante a Constituinte de 1987/1988 não faltaram propostas conducentes a efetivar, de imediato, o princípio federativo sobre bases regionais.

Partiram sobretudo de membros do colégio constituinte, pertencentes aos Estados do Nordeste, sendo dignas de menção as Emendas apresentadas por Firmo de Castro, Paes de Andrade, José Lins de Albuquerque e Aluísio Campos, entre outros. Mas a adoção foi tenazmente combatida e obstaculizada por constituintes do Sudeste sob a alegativa maior, inteiramente destituída de fundamento, de que a introdução de semelhante fórmula poderia levar ao separatismo e à desagregação da unidade nacional.

De qualquer forma – reiteremos – o processo de constitucionalização regional já foi desencadeado, tomando dimensão jurídica com a Carta de 1988. Mas a Região não logrou ainda elevar-se à altura federativa do Estado-membro ou do Município, na Federação. Se foi possível transformar o município numa peça do sistema federativo, como o fez a Constituição de 1988, é de esperar que, de futuro, a reforma do sistema institucional brasileiro contemple também as Regiões, dando-lhes, quanto antes, a dimensão federativa adequada.

Da mesma maneira como se converteu em realidade o chamado "poder municipal", nada obsta a que se produza numa reforma constitucional mais profunda, a quarta instância política da Federação, que seria no caso o "poder regional", provido de autonomia e erigido em eixo político de promoção e defesa de todos os interesses regionais.

A nova instância, no mais alto grau de *self government* compatível com a relação federativa, longe de enfraquecer os Estados-membros, representaria o órgão de competência legítima para conduzir e executar a política de provimento das necessidades comuns da Região.

Congregando suficientes meios para esse fim, disporia de poderes muito mais eficazes, perante o Governo Central, do que aqueles de que, no seu insulamento e na sua dispersão, os Estados componentes da Federação seriam capazes de concentrar.

Assim como os municípios são mais fortes pela sua aglutinação num Estado-membro, do mesmo modo os Estados teriam mais força e expressão se seu vínculo se fizesse mediante a união regional, provida esta também de autonomia.

Com efeito, a autonomia do município, a autonomia do Estado-membro e a autonomia da Região comporiam três graus distintos e três esferas harmônicas de competência peculiar e inconfundível. Elas não poderiam colidir – sob a regência de um pacto constitucional e federativo – com os poderes igualmente específicos da União.

Duas conclusões básicas extraem-se desse quadro de reformulação institucional: primeiro, a globalidade e a racionalidade não excluem da ordem econômica a regionalidade, antes no caso brasileiro concreto estão a reclamá-la por imperativos de presença e atualidade da questão nordestina, cada vez mais aguda e longe de solução aceitável em razão dos retrocessos havidos e das indefinições do Poder Central; segundo, o reconhecimento já incontrastável de que essa questão adquire contornos do mais alto risco para a unidade nacional e que a fizeram, sem sombra de dúvida, crucial e primacialmente, uma questão política.

No federalismo das autonomias regionais, o que se propõe não é a eliminação das autonomias do Estado-membro e dos municípios, mas precisamente o contrário, a saber, o seu fortalecimento com a adição da autonomia regional. Esta, sim, fadada a regenerar o sistema federativo e pôr termo à crise adveniente das forças centrípetas e das correntes mais centralizadoras geradas por um presidencialismo absoluto, cuja ação não pôde ser bastantemente embargada e debelada pelo código constitucional de 1988. O aspecto do centralismo continua, pois, presente, deitando sombras e ameaças à ordem federativa, enquanto não se resolver a questão regional.

Capítulo 11

O ESTADO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. As três épocas constitucionais do Brasil. A) O constitucionalismo do Império: a presença da inspiração francesa e inglesa. B) O constitucionalismo da Primeira República: a adoção do modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo. C) O constitucionalismo do Estado social: o advento da influência das Constituições de Weimar e Bonn. 2. É a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social? 3. Caráter absoluto ou relativo dos direitos sociais: o problema de sua aplicabilidade. 4. A teoria dos direitos fundamentais no Estado social. 5. A importância do princípio da igualdade. 6. A interpretação constitucional do princípio da igualdade. 7. A crise dos direitos sociais no Brasil e a Constituição de 1988. 8. A natureza da Constituição no Estado social da democracia. 9. A Constituição de 1988 e a crise constituinte no Brasil. 10. Os principais momentos da crise constituinte no Império e na República. 11. A terceira crise do Estado constitucional: a crise de inconstitucionabilidade. 12. A crise de inconstitucionabilidade e a ingovernabilidade.

1. As três épocas constitucionais do Brasil

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.

Sem uma acurada reflexão acerca desse processo que nem sempre eliminou a maior parte dos influxos recebidos em cada fase ultrapassada senão que os levou na devida conta ou às vezes os incorporou de forma cumulativa, não se pode compreender os rumos constitucionais contemporâneos, presentes à realidade brasileira, sobretudo depois da promulgação da Carta de 5 de outubro de 1988.

A) O constitucionalismo do Império: a presença da inspiração francesa e inglesa

O primeiro período da história constitucional do Brasil se estende de 1822, ano da proclamação da Independência, até 1889, ano em que as instituições imperiais da monarquia entram em colapso, ocorrendo então o advento da república, obra do golpe de Estado desferido em 15 de novembro de 1889 por militares hostis ao sistema centralizador da organização imperial.

Os fatos políticos mais relevantes daquela fase, numa seqüência de desdobramentos dignos de registro, são os seguintes: o decreto de 3 de julho de 1822, que convocou uma "Assembléia Luso-Brasiliense" ou uma "Assembléia Geral Constituinte e Legislativa", conforme linguagem do próprio decreto, sendo essa medida de constitucionalização do Brasil anterior ao ato de independência formal do Reino;[1] a instalação da Assembléia Constituinte, em 3 de maio de 1823 no Rio de Janeiro, com a presença de D. Pedro I, que já se assinava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil; a dissolução da Constituinte, em 12 de novembro de 1823, por um golpe de Estado, de raízes militares, encabeçado pelo próprio Imperador; a outorga da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, por ato de D. Pedro I; o Ato Adicional,[2] de 12 de agosto de 1834, durante a Regência, aliás a única emenda introduzida no texto constitucional da monarquia e, finalmente, a Lei de 12 de maio de 1840, instrumento conservador de interpretação de alguns artigos da reforma constitucional de 1834.

Os documentos constitucionais mais importantes dessa primeira fase deixam transparecer a natureza jurídica, política e ideológica do sistema institucional cuja concretização se pretendia alcançar. São eles: o

1. A independência formal do Brasil, proclamada por D. Pedro I, ocorreu em 7 de setembro de 1822. Dissemos independência formal, de propósito, pois o ato político da separação constituiu, em verdade, um processo. Enquanto processo, não somente principiou antes daquela data, como a ultrapassou por alguns anos, até o definitivo reconhecimento jurídico do novo Estado no seio da comunidade internacional.

2. O chamado Ato Adicional à Constituição do Império (1834) se gerou politicamente com o clima de agitação anterior e posterior à Abdicação do Imperador, mas acabou sendo consideravelmente atenuado e refreado no seu teor. Com efeito, as correntes reformistas mais radicais, vindas na crista do movimento que afastou D. Pedro I do trono, se inclinavam por uma monarquia federativa. Um projeto nesse sentido chegara a ser introduzido e aprovado na Câmara dos Deputados, mas foi obstaculizado vitoriosamente pelas resistências conservadoras do Senado.

chamado Projeto Antonio Carlos, elaborado, discutido e parcialmente votado nas sessões da Constituinte; a Carta outorgada em 1824, ou seja, a Constituição do Império, vigente por espaço de 65 anos, a mais longeva das Constituições brasileiras; o Ato Adicional de 1834, já referido; e a Lei da Interpretação de 1840, também há pouco mencionada.

Vejamos, a seguir, a que influências ficaram sujeitos esses textos e as idéias básicas que neles se refletem. O Projeto da Constituinte obedecia basicamente em matéria de organização de poderes ao célebre esquema de Montesquieu: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Garantia os direitos individuais e políticos, sob a inspiração da Constituição francesa de 1791 e ao mesmo passo formulava com originalidade um capítulo sobre os "deveres dos brasileiros", no qual admitia o direito de resistência e declarava "dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta", reputando como tal a lei retroativa ou oposta à moral, mas unicamente "se ela tendesse a depravá-lo e a torná-lo vil e feroz".

Tocante à reforma da Constituição, o texto proposto introduziu em dois artigos um conceito de constitucionalidade, mantido depois pela Constituição outorgada em 1824.

Dizia o art. 267: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais". Já o art. 268, seguinte, completava essa doutrina em aspectos relativos ao processo de mudança da norma constitucional: "Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma das salas".

A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo.

Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade deveras se assemelhava ao modelo inglês. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali.

Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material.

Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo.

Em resumo, a monarquia constitucional do Império no Brasil foi um equilíbrio relativamente estável, pois durou 65 anos, entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo *sui generis*, introduzido nos mecanismos institucionais, e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador. O último concentrava mais faculdades de mando e competências do que o primeiro. A monarquia foi, não obstante, um largo passo para a estréia formal definitiva de um Estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais.

B) O constitucionalismo da Primeira República: a adoção do modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo

Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Mudou-se o eixo dos valores e princípios de organização formal do poder. Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembléia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano.

Na sociedade o trabalho livre do imigrante, nomeadamente o italiano das lavouras de café, substituiu o braço servil do africano – prolongamento humano da era colonial nas instituições imperiais extintas em 1889.

O novo Estado constitucional já não pretendia pois oscilar formalmente como um pêndulo entre as prerrogativas do absolutismo decadente e as franquias participativas do governo representativo. Converteu-se

com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos.

Entrava o Brasil, por conseguinte, numa época constitucional em que pela vez primeira as instituições básicas do poder se conciliavam com a tradição continental hispânica, sobretudo com o modelo daquelas federações que, a exemplo da Argentina e do México, se haviam embebido na inspiração tutelar do constitucionalismo norte-americano.

Com efeito, os princípios chaves que faziam a estrutura do novo Estado diametralmente oposta àquela vigente no Império eram doravante: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder; enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.

Essa concepção política e doutrinária de um Estado liberal com todo o alcance dos valores republicanos do século chegava assim dos Estados Unidos ao Brasil de maneira um tanto retardada, mas aqui iria dominar formalmente durante o período constitucional que se dilata de 24 de fevereiro de 1891, data da promulgação da primeira Constituição republicana do Brasil, até o Dec. n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, que marcou juridicamente o fim da chamada Primeira República e consagrou o exercício discricionário do poder pelos titulares do Governo Provisório. Um espaço intermediário de autoritarismo e ditadura se seguiu a 1930 e durou quatro anos, até que, enfim, uma assembléia constituinte, convocada e eleita, fez a reorganização constitucional do País.

Durante cerca de 40 anos o Brasil republicano e constitucional perfilhou, exterior e formalmente, na doutrina um constitucionalismo de raízes norte-americanas com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito.

A Constituição republicana de 1891 recebeu uma única revisão, aquela promulgada em 1926. Veio ela porém com bastante atraso, não preenchendo as finalidades previstas nem impedindo que a Primeira Re-

pública (1891-1930) se desmoronasse, por efeito da desmoralização oligárquica dos poderes.

Entre 1930, ano da pseudo-Revolução Liberal – liberal apenas porque tinha como aspiração suprema sanear o sistema representativo adulterado pelos vícios da corrupção eleitoral e estabelecer tanto quanto possível a autenticidade do processo eletivo – e 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição republicana, decorreram quatro anos de interregno ditatorial, sob a égide de um Governo Provisório. Esse Governo se viu, porém, contestado em 1932 pela "revolução constitucionalista" deflagrada em São Paulo, e logo a seguir sufocada com o emprego das armas e a prevalência do Poder Central.

C) O constitucionalismo do Estado social: o advento da influência das Constituições de Weimar e Bonn

Os primeiros anos da década de 30 espelharam já o início de uma convulsão ideológica, de graves conseqüências para a futura ordem constitucional brasileira. São dessa quadra os preparativos e as agitações que fazem vingar novos princípios na Constituinte de 1933-1934.

Com a promulgação da nova Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou o Brasil a terceira grande época constitucional de sua história; época marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições. Sua mais recente manifestação formal veio a ser a Carta de 5 de outubro de 1988.

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.

É período complexo e não raro tumultuário; estende-se por mais de 50 anos. Constatam-se nele historicamente fatos políticos de extrema importância para a compreensão do sentido coerente da história constitucional do Brasil, em meio a tantas vicissitudes, abalos e contradições.

Tais fatos vêm a ser: primeiro, a efêmera Segunda República (1934-1937), estreada com a Constituição de 1934 e que não passou de um

período agônico e transitório de reconstitucionalização do País, feita em bases precárias, debaixo de uma tempestade ideológica e logo tolhida pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937; o "curto período" – Vargas assim o denominou – da ditadura unipessoal do Estado Novo, regime de governo em que nem mesmo a Carta outorgada, de cunho extremamente autoritário, foi cumprida pelos titulares do poder; o golpe de Estado de 29 de outubro de 1945, que introduziu outra fase de restauração constitucional do sistema representativo, por obra de uma Assembléia Constituinte, eleita em 2 de dezembro do mesmo ano e autora de uma nova Constituição – a da Terceira República – promulgada em 18 de setembro de 1946, e que regeu o Brasil até 9 de abril de 1964, ocasião em que principiam os Atos Institucionais da chamada "revolução" de 1964 dos militares.

A ascensão do elemento militar ao poder colocou a farda na crista dos acontecimentos e do regime por um período de mais de 20 anos, em rigor até 5 de outubro de 1988, data em que o Governo de transição do Presidente Sarney viu promulgada no País a Constituição vigente.

É de assinalar que durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um, tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n. 1 à Constituição de 1967, ou seja, a "Constituição" da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.

Desse largo e acidentado período – a terceira época constitucional do Brasil – vamos destacar para exame e reflexão, em primeiro lugar, os estatutos fundamentais expedidos com algum grau de legitimidade e que durante certo espaço de tempo – não importa se curto ou prolongado – mantiveram as aparências de um regime normal de Governo, debaixo do princípio representativo e das regras inerentes ao denominado Estado de Direito, propugnado pelas ideologias do liberalismo. Aí se inserem, por exemplo, as Constituições de 16 de julho de 1934 e 18 de setembro de 1946, bem como a recém-promulgada Constituição de 5 de outubro de 1988.

Nesses textos colhe-se um profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições brasileiras; influxo que parte tanto da Constituição de Weimar como da Lei Fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional bra-

sileiro de 1934, ao passo que a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém não menos eficaz, mormente em termos doutrinários.

O grau menor de influência atribuído à Lei Fundamental de Bonn, de 1949, se deve entre outras razões ao fato de que ela, do ponto de vista histórico, é mais recente. E também à circunstância de que a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – já fora incorporada a duas Constituições da terceira época constitucional, ou seja, as de 1934 e 1946.

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais.

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo porém indissoluvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.

Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia. Não se deve porém diminuir a importância que ele já assumiu como força impulsora de modernização, trazendo às instituições um sopro claramente renovador. Dentro, é óbvio, das bases programadas nas estruturas da lei maior.

O exame meramente formalista das três mencionadas épocas dessas constituições mostra, sem dificuldade, a linha de ascensão das conquistas operadas no terreno dos direitos sociais, sobretudo em matéria de processo constitucional para garantir a facticidade desses direitos. É portanto cada vez mais avançada e dotada de relevantes aperfeiçoamentos a proteção que eles recebem na área judicial específica com o controle de constitucionalidade.

Ao constitucionalismo de Weimar – substancialmente no seu teor social o mesmo da concepção ulterior de Bonn – o Estado social brasileiro deve, em termos jurídicos, as linhas de uma caracterização louvada, reconhecida e proclamada por quantos se ocuparam a fundo de nossa segunda Constituição republicana, a saber, a de 1934.

Dentre os inumeráveis publicistas que retrataram a sólida inspiração de Weimar na obra dos constituintes brasileiros de 1933-1934, basta citar um dos mais chegados ao nosso tempo, o publicista Paulo Sarasate, que escreveu: "Foi indisfarçável a ressonância da Constituição de Weimar nos textos brasileiros de 1934 a 1946, os quais tiveram na mesma um reluzente espelho".[3]

Esse reluzente espelho trouxe para aquela Constituição imagens novas de matéria constitucional: a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção especial do Estado.

Não findou aí a ressonância do social no constitucionalismo brasileiro dos últimos 50 anos. Reaparece ele com toda a energia e intensidade programática no inciso IV do art. 157 da Constituição de 18 de setembro de 1946, que preceituava a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar.

De último, prosseguiu, com não menos força, na mais recente das Constituições brasileiras, a de 5 de outubro de 1988, conforme podemos averiguar examinando-lhe alguns capítulos ou artigos. Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até a ultrapassa em alguns pontos.

3. Paulo Sarasate, *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, 3ª ed., p. 15.

Segue e incorpora também a mesma tradição de Weimar em dar preeminência ao social. Para lograr a eficácia da socialidade jurídica ou da estatalidade social e evitar que o estatuto básico tenha, como nas Constituições anteriores do século XX, considerável parte do conteúdo de suas regras sobre direitos sociais convertida em preceitos meramente programáticos, por inaplicabilidade e decurso de tempo, o constituinte de 1988 instituiu um remédio novo de processualística constitucional: o mandado de injunção, cujo raio de alcance e relevância para a realidade jurídica brasileira só a averiguação jurisprudencial de sua aplicação poderá amanhã determinar.

Abrindo seus primeiros capítulos com a matéria dos direitos e garantias fundamentais, até nessa particularidade a Constituição brasileira de 1988 se avizinhou da Lei Fundamental de Bonn.

Mas não são esses unicamente os pontos de contacto da cultura jurídica brasileira com a tradição constitucional alemã.

Nos comentários à Constituição e nos compêndios de Direito Constitucional a familiaridade do Brasil com o pensamento jurídico da Alemanha é relevante, efetiva, inarredável. Sem irmos ao campo jusfilosófico onde essa influência conhece talvez o seu mais elevado grau e remonta ao filósofo brasileiro do Direito Tobias Barreto, tão festejado ao transcurso do centenário de sua morte, vamos encontrar na área específica dos estudos constitucionais a formação germânica poderosamente representada e manifestada em dois juristas de muito peso da segunda metade do século XX: Pontes de Miranda, sem dúvida o mais respeitado comentarista das Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1967, e Luís Pinto Ferreira, cujo tratado de Direito Constitucional familiarizou e atualizou durante as décadas de 1950 e 1960 toda uma jovem geração de juristas brasileiros com as doutrinas constitucionais mais em voga na Alemanha.

2. *É a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social?*

Disse Engels que onde o poder do Estado num determinado país entra em contradição com o desenvolvimento econômico, a luta termina sempre com a derrocada do poder político.[4] Eu diria que no caso específico do Brasil o axioma do colaborador de Marx – substituída a expressão desenvolvimento econômico por desenvolvimento social – cobrará um sentido de dramaticidade e advertência para definir com toda a clareza o momento histórico que o País atravessa.

4. "Wo (...) die innere Staatsgewalt eines Landes in Gegensatz tritt zu seiner ökonomischen Entwicklung... hat der Kampf jedesmal geendigt mit dem Sturz der politischen Gewalt" (Engels, *Die Rolle der Gewalt in der Geschichte*, p. 42, *apud* Franz Horner e Froehler, *Die sozialen Grundrechte*, p. 402).

Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade.

Não resta dúvida que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado social brasileiro.

Se isso acontecer será a perda de mais de cinqüenta anos de esforços constitucionais para mitigar o quadro de injustiça provocado por uma desigualdade social que assombra o mundo e humilha a consciência desta Nação. Mas não acontecerá, se o Estado social for a própria Sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil.

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Nem todos os países que têm procurado realizar o Estado social e sobretudo concretizar os direitos sociais básicos, o fizeram por meio do poder constituinte, em ordem a estabelecer na Lei Magna os fundamentos desse Estado e nela formular a Carta social dos direitos que o caracterizam.

Haja vista a esse respeito o exemplo da Áustria, onde a doutrina constitucional, poderosamente representada por uma plêiade de juristas, em grande parte vinculados à nova Escola de Viena, cujas confessadas matrizes kelsenianas ninguém pode contestar, tinha por dispensável o emprego da Constituição para introduzir os direitos sociais básicos, preferindo trazê-los ao ordenamento jurídico por via da legislação ordinária.

Não foi esse porém o nosso caminho nem é essa a nossa tradição. Os fautores de semelhante tese, se fôssemos aplicá-la ao nosso País, teriam retardado em meio século o advento da legislação social.

Juristas do *statu quo*, do formalismo, de escolas que se distanciam dos valores para cultivar a indiferença aos fins e conteúdos normativos, professam um positivismo legalista, supostamente desatado de laços ideológicos, mas sujeito a gerar efeitos funestos contra a liberdade e a justiça toda vez que o Direito e o Estado da Sociedade burguesa entram em crise. Uma posição, aliás, a deles, perfeitamente cabível na época do constitucionalismo que precedeu o Estado social, quando a Constituição era o espaço da harmonia, da rigidez e da imobilidade, ao contrário da lei ordinária, esfera dinâmica da produção jurídica. Mas produção jurídica sempre de grau inferior, abaixo portanto do patamar supremo, que é o da Constituição.

O Direito Constitucional do Estado liberal, em nome da *juridicidade*, podia assim elevar-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizando o Direito, instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta, mas em verdade impossível, perante o substrato ideológico das instituições. Escreveu Kelsen sem preâmbulo e sem direitos sociais fundamentais a Constituição da Áustria na linha de um positivismo ultrapassado para os nossos dias.

O Direito Constitucional clássico, tão valioso durante o século passado por cimentar o valor político da liberdade, seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade.

A crise do Direito Constitucional não resulta unicamente da falta de originalidade e criatividade no campo das instituições constitucionais, apesar do avultado número de Constituições já promulgadas nos últimos duzentos anos. A crise se deve fundamentalmente aos novos modelos de Estado que surgiram em substituição do clássico Estado de Direito do século XIX. Foram eles o Estado social e o Estado socialista, ambos tão ideológicos quanto o outro que, dissimulando a ideologia, deu berço ao constitucionalismo da liberdade.

Em se tratando de Estado social, concordamos, por inteiro, com Tomandl e Franz Horner quando dizem que um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem.[5]

5. F. Horner, ob. cit., p. 227.

Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos.

Por esse aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.

Até onde irá contudo na prática essa garantia, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza. É muito cedo para antecipar conclusões, mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobremodo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa crise. Crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde que implantamos neste País a república há cem anos.

3. *Caráter absoluto ou relativo dos direitos sociais: o problema de sua aplicabilidade*

O novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro senão o Direito Constitucional do Estado social. A esse Direito o Brasil se prende como nunca desde o advento da Constituição de 1988. É Direito que exprime com toda a força a tensão entre a norma e a realidade, entre os elementos estáticos e os elementos dinâmicos da Constituição, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre o consenso e o dissenso, entre a harmonia e o conflito, entre pluralismo e monismo, entre representação e democracia, entre legalidade e legitimidade e até mesmo entre partidos políticos e associações de classe, profissões ou interesses, as quais aparecem invariavelmente na crista da revolução participatória de nosso tempo.

Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.

Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados.

Nos artigos 6º e 7º declina direitos sociais especificamente em favor dos trabalhadores; entre outros, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a participação nos lucros, a jornada semanal de quarenta e quatro horas de trabalho, o repouso semanal remunerado, a licença à gestante com duração de cento e vinte dias, a licença-paternidade, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Como se vê, o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934.

Formam esses direitos a espinha dorsal do Estado social brasileiro na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana. Têm porém tais direitos caráter absoluto ou relativo? São eles porventura da mesma natureza e do mesmo grau dos demais direitos fundamentais, a saber, aqueles provenientes da herança liberal – os chamados direitos da liberdade – ou compõem uma categoria de todo distinta, inconfundível para efeitos de reconhecimento ou execução pelo Estado?

Os que negam a identidade podem repartir-se em duas posições: uma, afirmando a superioridade dos direitos da liberdade sobre os direitos sociais; outra, entendendo o contrário, a saber, sustentando a prevalência dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade. No primeiro caso proclama-se o primado da liberdade com base no direito natural e reduzem-se os direitos sociais básicos a um simples direito social, matéria de legislação ordinária ou quando muito de um direito trabalhista constitucionalizado. No segundo caso o primado cabe à igualdade e os direitos sociais básicos fruem uma dignidade constitucional de princípio, a qual nos ordenamentos democráticos do Estado social compõe a medula axiológica da Constituição.

A igualdade se converte aí no valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais.

Demais, prendendo-se ainda a esse último aspecto, se considerarmos os direitos sociais básicos direitos absolutos, como foram reputados os direitos da liberdade durante o predomínio do velho Estado de Direito, têm eles aplicabilidade imediata; remetidos todavia àquela primeira posição teórica, que os inferioriza perante os chamados direitos da liberdade – nessa hipótese, ainda quando em grau constitucional –, ficariam via de regra sujeitos às reservas da lei.[6]

4. A teoria dos direitos fundamentais no Estado social

A teorização dos direitos fundamentais se acha no estado atual da doutrina rodeada de obscuridade e incertezas. Tudo isso apesar da freqüência com que são debatidos e da copiosíssima bibliografia existente sobre a matéria. Contudo já foi possível reconhecer a importância capital que a teorização assume para fixar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência, por via interpretativa, num sentido que permita concretizar a proteção da liberdade em termos de plena eficácia social.

Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas. O seu reconhecimento fez nascer, segundo o publicista Boeckenfoerde, as várias teorias sistematizadoras relativas ao caráter geral, à direção teleológica-normativa e ao alcance material de tais direitos.

São elas: a teoria liberal do Estado de Direito burguês, a teoria institucional, a teoria dos valores, a teoria democrático-funcional e a teoria do Estado social.[7]

Dessas teorias vamos porém eleger a última, a saber, a que tem o nome de teoria do Estado social, para expô-la numa versão própria. Afastamos assim todo o compromisso com as idéias de Boeckenfoerde, o jurista conservador de Freiburg, em cuja universidade tivemos ocasião de conhecê-lo pessoalmente em 1979, por intermédio do Prof. Konrad Hesse.

Não poderá aliás ter outra designação uma teoria que se proponha descer à essência dos direitos sociais básicos e patentear a modalidade de Estado e de ordem jurídica que a Constituição de 1988 consagrou no Brasil.

6. Essa a conclusão que se infere das reflexões produzidas sobre o assunto por Karl Korinek em *Problematik Sozialer Grundrecht, Berichte und Informationen*, 24, fasc. 1000/1001, pp. 11 e ss.

7. Ernst-Wolfgang Böckenförde *apud* Klaus Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em 26.9.1989.

5. *A importância do princípio da igualdade*

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

Na judicatura do Tribunal Constitucional da Áustria, por exemplo, ele não apenas predominou quantitativamente como desalojou todos os demais direitos fundamentais. Isto que Korinek nos disse aconteceu provavelmente em razão do desenvolvimento e da ampliação de seu conteúdo jurídico.[8]

Combatido por aqueles que acham que só os direitos clássicos da liberdade seriam de "validade geral" ("allgemeingültingen"), ao passo que os direitos sociais básicos não passariam de valores "temporários", restritos a uma determinada época ("zeitgebundenen Werten"), o princípio da igualdade logrou todavia firmar incontrastável superioridade qualitativa, desde que passou a traduzir de certo modo a essência do Estado social, inconcebível sem essa primazia.

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade "perante" a lei, mas de uma igualdade "feita" pela lei, uma igualdade "através" da lei.[9]

Conduzido para fora das esferas abstratas, o princípio da igualdade, inarredavelmente atado à doutrina do Estado social, já não pode ignorar

8. Karl Korinek, "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung", separata, in *Die Soziale Funktion des Marktes – Die Grundrechte in Österreich*, pp. 216 e ss.

9. Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Representation und der Gewaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, p. 220.

o primado do fator ideológico nem tampouco as demais considerações de natureza axiológica. Ideologia e valores entram assim a integrar o conceito da igualdade, provocando uma crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito. Ela que nascera ideológica, levantada nos braços do direito natural, se despolitizou num segundo momento, ao adquirir uma neutralidade de aparência, a qual apenas subsistiu enquanto pôde subsistir o antigo Estado de Direito da burguesia liberal e capitalista do século XIX.

Antes de elevar-se à posição de preeminência contemporânea, graças ao princípio da igualdade, os direitos sociais fundamentais, conforme perspicazmente assinalou Leibholz, pertenciam à esfera dos direitos que o Estado "concede" (*gewährt*) mas não "garante" (*gewährleistet*).

E como tais ficaram, assinalando, segundo ele, aquela época de tensão entre os direitos fundamentais de genuína cepa liberal e os direitos doutro teor, derivados da mudança ou da crise, direitos que postulavam, de necessidade, constantes revisões atualizadoras e freqüentes concretizações materiais de conteúdo.

Foi na crista dessa onda que prosperou o entendimento segundo o qual a igualdade somente vinculava o Executivo e o Judiciário e não o Legislativo, conforme a doutrina clássica de um positivismo rígido, absoluto, indiferente a problemas de legitimidade e justiça.

6. *A interpretação constitucional do princípio da igualdade*

Princípio constitutivo da ordem constitucional, como disse Konrad Hesse, a igualdade tem, segundo ele, essa peculiaridade e significação: é elemento essencial de uma Constituição aberta; é também, na frase doutro jurista igualmente insigne, a porta de penetração por onde "a realidade social positiva e impregnada de valores diariamente ingressa na normatividade do Estado".[10]

Os domínios da interpretação constitucional testemunham controvérsias inumeráveis com relação ao conceito de igualdade, sobretudo em razão do prestígio que a igualdade fática ou material entrou a desfrutar naqueles sistemas onde a força do social imprime ao Direito os seus rumos.

Formulada com base na ideologia do Estado social, a teoria da igualdade fática, conforme ponderou um jurista alemão, demanda um

10. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 168/169 e Hermann Heller, *Staatslehre*, p. 258.

esquema ou programa de repartição dos bens partilháveis numa determinada sociedade.[11]

O problema fundamental que envolve toda a interpretação do princípio geral da igualdade, conforme ele se apresenta hoje, consiste – ponderam alguns juristas sociólogos da Alemanha – em determinar se tal princípio representa ou não uma obrigação para o Estado de criar na sociedade a igualdade fática.[12]

Não obstante as dificuldades que embaraçam a isonomia assim concebida, é nesse rumo que caminha a jurisprudência das Cortes Constitucionais da Europa, nomeadamente a de Karlsruhe na Alemanha.

Num de seus arestos já se disse que quem "quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica".[13]

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo.[14]

Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.

7. *A crise dos direitos sociais no Brasil e a Constituição de 1988*

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e

11. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 385.

12. Robert Alexy, ob. cit., pp. 377/378.

13. Robert Alexy, ob. cit., p. 378.

14. Paulo Bonavides, "A isonomia em face dos arts. 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal", Parecer, 1989.

fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.

A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; "igualdade niveladora", volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.[15]

Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Pernthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais.

Só assim, acrescenta ele, apoiado sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Áustria, pode o princípio da igualdade se converter em princípio jurídico básico do Estado prestacionista e administrativo.[16]

Conclui o mesmo jurista: "Se partirmos da consideração de que o princípio da igualdade – desmembrável juridicamente numa série de pretensões – encerra em si as noções fundamentais da justiça social, então o princípio da igualdade e os direitos sociais básicos devem tornar-se o critério da distribuição da prestação estatal bem como do *quantum* dessa distribuição".[17]

Na compreensão paralela de Guenther Winkler "os direitos fundamentais do Estado social, deixando de ser unicamente limites, se convertem em valores diretivos para a administração e a legislação".[18]

A igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos. Essa a conclusão de uma análise crítica elaborada pelo jurista clássico da igualdade, o juiz Leibholz da Corte Constitucional da Alemanha. Senão, vejamos: "A desigualdade criada pela liberdade faz parecer problemática a largas camadas o valor da liberdade. De tal sorte que o sentido profundo de um igualitarismo político e social somente poderá ser o de transferir aquele que a liberdade fez servo para uma situação em que outra vez e já agora com o auxílio da igualdade, possa fazer um sensato uso da liberdade".[19]

15. Theodor Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Rechte*, p. 7, e Franz Horner, *Die Sozialen Grundrechte*, p. 215.

16. Peter Pernthaler, "Über Begriff und Standort des Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung", *JBI*, 1965, p. 71.

17. Peter Pernthaler, ob. cit., p. 71.

18. Guenther Winkler, *Wertbetrachtung in Recht und ihre Grenzen*, p. 47.

19. Gerhard Leibholz, "Die freiheitliche und Egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat", in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, pp. 258 e ss.

8. *A natureza da Constituição no Estado social da democracia*

Façamos a seguir ligeiro confronto entre o Estado de Direito da burguesia liberal do passado e o novo Estado de Direito que tem por base primeira a igualdade. Naquele os valores fundamentais – vida, liberdade e propriedade – gravitavam, segundo Schambeck e Huber, no centro da ordem jurídica, ao passo que com o advento do Estado social os novos valores fundamentais produzidos pela sociedade industrial abrangem o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação da força de trabalho.[20]

Ontem – prosseguem aqueles publicistas – o Estado ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade). Hoje esses valores dominantes são outros; a ameaça que sobre eles pesa já não procede do Estado, mas da Sociedade e de suas estruturas injustas.[21] O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades. De tudo isso se pode inferir, conforme disse Huber, que o Estado de Direito foi um produto da Revolução burguesa enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial.[22]

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade.

Contemporaneamente, os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições.

Nunca deve ficar porém deslembrado que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário portanto da Constituição do Estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade.

20. Schambeck, *Grundrechte und Sozialordnung*, ob. cit., p. 90.

21. Schambeck, ob. cit., p. 90.

22. Ernst-Rudolf Huber, "Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft", in *Rechsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, p. 599.

Enfim, se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição. Esta questão porém não cabe unicamente ao Direito Constitucional resolver, mas deve ter por igual a audiência da Ciência Política.

Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade nacional, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras, desde os primórdios da República.

Aliás, um clima anti-Constituição, ou seja, contrário ao espírito da Constituição, se está formando nas cúpulas empresariais mais retrógradas, assim como em algumas regiões da liderança política, ameaçando minar os alicerces do regime e desfigurar os valores incorporados ao texto da nova Carta. A sofreguidão privatista, a par de uma resistência à aplicação dos direitos sociais básicos, certifica tal tendência.

Até hoje no Brasil a preocupação maior tem sido, após a queda de cada ditadura, apenas legitimar um chefe de governo, um Presidente da República, um caudilho, um aventureiro político; jamais um sistema de poder, uma pauta de regras e princípios, uma ordem jurídica moderna ou uma nova estrutura da economia.

9. *A Constituição de 1988 e a crise constituinte no Brasil*

O destino da nova Constituição do Brasil vai depender em larga parte da adequação do novo instrumento às enormes exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, dos quais possa a Nação esperar a solução de seus problemas cruciais de natureza política e estrutural.

É nesse ponto onde a estatalidade social, um conceito ministrado pelo direito das Constituições alemãs de Weimar e Bonn e sobretudo tecnicamente aperfeiçoado por esta última com mais rigor e transparência, aparece como dado inafastável e importantíssimo com que investigar e interpretar as acentuadas falhas de eficácia e juridicidade dos instrumentos constitucionais do Brasil durante os últimos cinqüenta anos.

Sociedade patriarcal e subdesenvolvida ao longo do período antecedente a 1930, era fácil ao País das elites e das oligarquias – no qual em termos participativos fora quase inexistente a cidadania – dissimular a lacuna democrática e representativa observada nos quadros institucionais.

O constitucionalismo social resume todo o problema da legitimidade do ordenamento brasileiro tocante ao exercício e organização do poder e retrata hoje a crise profunda do Estado e da Sociedade.

Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais, das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente.

Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora.

Haja vista a esse respeito o célebre inciso IV do art. 157 da Constituição de 1946 sobre a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Esteve presente esse dispositivo em quatro Constituições – as de 1946, 1967, 1969 e 1988 – e até hoje não se aplicou nem foi regulamentado.

Em razão dessa omissão constitucional e de outras incorporadas já à tradição de nosso constitucionalismo programático, a auto-aplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer nesse tocante constituem os pontos cardeais das reflexões sobre a crise da estatalidade social no Brasil.

A Corte Constitucional criada pela Lei Fundamental de 1949 na Alemanha e voltada exclusivamente ao trato dos litígios constitucionais tem sido não raro apontada como um modelo de tribunal para enfrentar com bom êxito as questões de normatividade da Constituição e solver a contradição eventual do texto com a realidade.

A ausência de um semelhante Tribunal de Justiça no Brasil vem sendo deveras lastimada no meio jurídico e considerada uma das mais deploráveis omissões da nova Constituição, sem embargo do grau de preponderância conferido ao Supremo para desempenhar em grande parte funções análogas às de uma Corte constitucional.

A crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis.

É a mesma crise política da Constituinte dissolvida em 1823 e soprada, de último, cento e setenta anos depois, pelo seu agente mais ativo e gerador de instabilidade, desequilíbrios e comoções: o social, que mina as estruturas normativas vigentes, proclama a injustiça das relações humanas e subverte todo o quadro dos comportamentos políticos, em virtude da inadequação do instrumento constitucional à realidade circunjacente.

Urge estabelecer, pois, a esta altura uma distinção de suma importância: aquela que separa claramente a crise constitucional da crise constituinte.

A crise constitucional, temos reiteradamente asseverado, é a crise de uma Constituição ou, de modo mais freqüente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta para removê-la utilizar o meio de reforma ou revisão, isto é, um recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, cifrado no chamado poder de reforma constitucional.

Se a crise porém é mais ampla e profunda ou tem dimensão que excede o habitual, é de todo o ponto conveniente ter recurso ao poder constituinte de primeiro grau: faz-se uma nova Constituição para recompor as bases da legitimidade e do governo estável.

Mas a crise só se resolve caso as dificuldades sejam efetivamente removidas. Essa possibilidade de remoção da crise por meios jurídicos normais previstos na Constituição ou por meios excepcionais, como a elaboração de um novo texto básico, é aquilo que faz os limites conceituais da crise constitucional. Não padece dúvida que se trata da espécie de crise que às vezes açoita os países e as sociedades com elevado grau de cultura e maturidade política, ou seja, aqueles cujos problemas políticos não exigem nem impõem a substituição do regime. A crise raiva neles com menos ímpeto; por isso não afeta as estruturas do poder nem abala os alicerces do Estado e da Sociedade.

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

A crise constituinte tem sido aliás desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu.

10. Os principais momentos da crise constituinte no Império e na República

Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada.

As Cortes judiciárias que concentram o controle de constitucionalidade patenteiam esta verdade inquestionável. Haja vista a proteção dos direitos civis reconhecidos às minorias étnicas nos Estados Unidos, graças aos arestos da Suprema Corte. Tal proteção ilustra concretamente nesse caso específico a presença reformadora e eficaz daquele poder, debaixo do desafio da crise. Ele se exercita para refazer o equilíbrio fora dos canais do formalismo legislativo e de sua lentidão deliberante na emissão de novas regras e soluções, buscando assim uma via mais flexível, espaçosa ou menos eriçada de obstáculos: o caminho jurisprudencial normativo, aberto com a tradição silenciosa de avanços sociais que se executam paulatinamente por obra da garantia judiciária.

Foram essas conquistas irrevogáveis que erigiram aquele tribunal numa espécie de colégio constituinte ou assembléia de primeiro grau; a sala permanente do mais soberano dos poderes na organização governativa da sociedade americana.

A análise reflexiva ao estabelecimento de direitos humanos fundamentais nas sociedades do terceiro mundo conduz, de necessidade, ao exame da natureza fática e jurídica dos poderes que regem a organização política, tanto de Governo como de Estado.

Os países desenvolvidos conhecem de modo normal, em ocasiões delicadas, a crise constitucional, ao passo que as nações economicamente atrasadas e instáveis se familiarizam com um quadro muito mais sério e conturbador: a crise constituinte, que naqueles é a exceção e nestes a regra.

Assim tem acontecido também com o Brasil. Desde os primórdios de nossa emancipação formal, a crise constituinte tomou aspectos gravíssimos, porquanto nunca se resolveu em termos definitivos, ficando sempre latente e recessiva, como na época do Império até rebentar outra vez, por ensejo da erupção republicana de 1889.

A história de todas as repúblicas brasileiras não é a história das crises constitucionais, mas das crises constituintes. Chegam elas até os nossos dias, conforme se faz ilustrativo com o drama de indefinições, incertezas e equívocos que rodearam o Congresso Nacional em sua função constituinte de duvidosa legitimidade (o escândalo teórico da Constituinte congressual que fez a Carta de 1988).

Desde o primeiro império ou primeiro reinado – não importa o nome que se lhe dê – uma observação mais percuciente descobrirá a presença antagônica, invariavelmente conflitante, de dois poderes constituintes paralelos, fazendo inevitável a profundidade maior da própria crise constituinte.

Desses dois poderes, um tem sido poder de fato, o outro poder de direito. Mas quando ambos colidem, como já colidiram tantas vezes – em 1823, 1890, 1934 e 1967 – o primeiro sempre se sobrepõe ao segundo e impõe dissimuladamente, pelas limitações acarretadas a este, a nova contextura constitucional.

Em 1823, o confronto dos dois poderes, em face da insubmissão do poder constituinte de direito, provocou uma colisão aberta e ostensiva, que teve por desfecho a queda da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, dissolvida pela tropa sob o comando pessoal de D. Pedro I, e, a seguir, a outorga da Carta do Império.

Em 1890, a Constituinte nasceu enfraquecida porquanto a maior parte de sua tarefa já fora preenchida e executada no arcabouço fundamental pelo Decreto n. 1 do Governo Provisório.

Em 1934, aconteceu quase o mesmo; nos três anos antecedentes o poder revolucionário traçara as linhas mestras da renovação republicana, pouco espaço deixando à soberania constituinte de primeiro grau, e em 1967 não foi diferente, com o poder constituinte que decretou os Atos Institucionais fazendo a antecipação de toda a obra de mudança.

Em 1937, sem embargo da dissimulação havida, continuamos a hesitar, tanto quanto há 20 anos, em admitir o efetivo concurso de dois poderes constituintes paralelos, sendo o de maior legitimidade aparente o mais fraco, ou seja, aquele que formalmente fez a nova Carta e a promulgou. Assim aconteceria depois no período imediatamente pós-1964

e assim sucede por igual na fase que o País ainda atravessa como transição de uma longa instabilidade.

As Constituintes de 1967 e 1987-1988, tendo sido Constituintes congressuais, acumularam perante a teoria constitucional vícios formais insanáveis que tornam ambígua ou questionável toda a base de sua legitimação, pois sendo o Congresso Nacional um poder constituído – nunca é demais repetir – tinha competência para reformar a Constituição, jamais para estabelecer nova ordem constitucional, alterar a forma de Governo ou instituir uma diferente relação de poderes.

Em outras palavras, o Congresso Nacional congrega poderes para pôr termo a uma crise constitucional, nunca a uma crise constituinte, que sempre demanda a feitura de uma nova Constituição; e crise constituinte é aquela que o País continua atravessando.

A debilidade política das passadas Constituintes, que nunca puderam assumir com todo o rigor a plenitude de suas atribuições de soberania, corroborando sempre a nossa contradição histórica entre a esfera formal e a esfera material de poder, tem sobremodo concorrido, durante a república, para perpetuar a crise constituinte do Brasil.

Ocorre, pelo que vimos, a constatação de que em momentos cruciais de nossa história constitucional houve o antagonismo e a rivalidade de dois poderes constituintes-paralelos: um, sujeito ao recesso – o poder constituinte de fato – sempre que o outro, o poder constituinte de direito ou poder constituinte formal, se manifestava ostensivo no exercício das funções enfeixadas por uma assembléia nacional constituinte.

Em 1823, os dois poderes estiveram frente à frente, depois que um decreto do Príncipe Regente convocou a Constituinte imperial, sem que esse ato importasse, como não importou, a extinção do poder constituinte absoluto, fático e de primeiro grau; aquele que na hora mais aguda da crise constituinte acabou ditando o seu predomínio sobre a Constituinte, com a dissolução e a outorga.

O trágico, ao começo da nacionalidade brasileira, é que aqui as instituições livres, representativas e constitucionais não nasceram como as dos Estados Unidos, por obra de uma Constituinte, mas de uma outorga, concessão ou autolimitação da vontade imperial absoluta. Tudo isso, aliás, depois de um ato de força que extinguiu e dispersou o colégio formal da soberania e prendeu e expatriou algumas de suas figuras mais eminentes, como os três Andradas.

O poder constituinte formal tem sido habitualmente o mais sacrificado nesta penosa crise constituinte da história brasileira. À míngua de

uma ruptura efetiva e total, assumida em termos definitivos, esta crise parece acompanhar o País como uma sombra que escureceu já um império e várias repúblicas.

Durante a Independência, ela se instalou antes mesmo de a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa inaugurar os seus trabalhos.

Com efeito, no ato da coroação, a 1º de dezembro de 1822, D. Pedro I deu a primeira demonstração de seu poder sem limites ao proferir a célebre frase: "Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de mim". A Assembléia já convocada padecia uma severa restrição ao exercício de sua inteira soberania; o poder constituinte do Imperador disputava-lhe espaço e fazia uma solene advertência.

A rivalidade, da parte da Assembléia, se tornou igualmente acesa ao discutir-se durante as sessões preparatórias textos do regimento pertinentes ao cerimonial do dia da instalação da Assembléia. No debate acerca da dúvida levantada para saber se o Imperador entraria na Sala descoberto ou não, o que esteve em jogo era menos do que uma simples e trivial questão protocolar; era a extensão e os limites de dois poderes constitucionais em mútuo confronto, como se evidenciou das discussões feridas no plenário, sobretudo com as intervenções de Antonio Carlos e José Custódio Dias.

O Imperador, presente à abertura dos trabalhos da Constituinte, reiterou durante a Fala do Trono a esperança de que ela elaborasse uma Constituição que merecesse sua imperial aceitação, consoante os termos da promessa que o Defensor Perpétuo fizera a 1º de dezembro, por ensejo do ato de sua coroação. Dias depois, a 9 de maio, ao receber a deputação da Constituinte, D. Pedro, pela terceira vez, enunciou o voto restritivo, que tanto mal-estar já causara e que no fundo trazia o germe da dissolução ou subtraía àquela Assembléia os seus poderes de soberania.

A crise constituinte no Brasil tem sido, por conseguinte, em toda a história política do País, a nossa mais profunda crise de legitimidade, tanto pelos aspectos formais como materiais. Ela é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente à irretorquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembléia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos.

A única Constituinte brasileira que esteve relativamente perto da conjugação desses poderes supremos e incontrastáveis foi a de 1946, sendo de todas a que fez uma Constituição com mais alto grau de legitimidade. A crise constituinte no período de vigência daquela Carta democrática arrefeceu consideravelmente e uma boa reforma constitucional poderia ter evitado que a Constituição soçobrasse durante o desastre provocado pela crise de 1964.

Fora dessa possível exceção, as nossas crises constitucionais se revelam na essência oriundas de uma crise constituinte permanente, que nunca logramos remover e que se vem perpetuando desde o berço da nacionalidade, sempre reativada por problemas e dificuldades imprevistas, surgidas e acumuladas a cada fase de nossa evolução política e constitucional.

Ao Direito Constitucional clássico repugna decerto o reconhecimento de poderes constituintes primários, invisíveis, não raro sem titularidade definida e sem articulação ostensiva, mas poderosamente atuantes na retaguarda social e política; poderes que ora se mantêm em antagonismo, ora em harmonia com aqueles da teoria constitucional, ou seja, aqueles que se institucionalizam numa assembléia onde a função constituinte entra a se exercitar formal e regularmente à vista de toda a Nação.

A Ciência Política pode todavia sem dificuldade demonstrar que os sobreditos poderes, desconhecidos ao jurista, existem concretamente, sendo, aliás, de aparição habitual toda vez que a crise de legitimidade, que é a própria crise constituinte, não acha instrumento válido de ultrapassagem ou superação, a saber, quando não é possível transferir ao órgão supremo de soberania – a Assembléia Nacional Constituinte – a necessária soma ou extensão de poderes para capacitá-la a vencer a crise e erigir, com eficácia total, um novo modelo político. Essa impotência faz carente de juridicidade a Constituição promulgada e acarreta o conseqüente prosseguimento da crise constituinte, fadada a perpetuar-se nas organizações políticas dos países subdesenvolvidos.

11. *A terceira crise do Estado constitucional: a crise de inconstitucionabilidade*

O Estado constitucional se acha sujeito a três crises, das quais duas, conforme já se viu, podem destruí-lo ou pôr em risco sua estabilidade. As três crises são: a crise constitucional, a crise constituinte e a crise de inconstitucionabilidade.

Das duas primeiras já nos ocupamos bastantemente. Resta apenas a terceira, cuja natureza e profundidade se deve logo sondar. Para designá-la faz-se necessário o uso de um neologismo que caracterize tão singular fenômeno político do qual o País poderá eventualmente oferecer um exemplo concreto.

Aqui, por obra da cultura política tumultuada ou da panacéia constitucional, se formou a crença de que basta colocar na Constituição formal um direito, uma garantia, um princípio ou uma competência, sem levar em conta o seu alcance, e já os mecanismos governativos existentes hão de fazer reais e efetivas tais inovações.

Poder-se-á chegar, assim, à inconstitucionabilidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexeqüibilidade da Constituição.

Caso haja também acumulação de contradições insolúveis no sistema constitucional, a ponto de quebrantar-se o axioma da unidade da Constituição, o caminho estará aberto ao ingresso da crise de inconstitucionabilidade. Nesse caso, o *espírito* que sustenta a funcionalidade e juridicidade dos valores, regras e princípios da Lei Suprema tende a perecer.

O mesmo acontece sempre que a razão e o bom senso deixam de prevalecer no ato criativo da Constituição bem como nas reformas e conteúdos que lhe são introduzidos por via revisional.

A crise de inconstitucionabilidade estala igualmente logo que o constituinte já não sabe discernir entre o que deve ser e o que pode ser, tocante ao estabelecimento na Sociedade de uma ordem fundamental onde se ajustem os preceitos formais da Constituição ao quadro das realidades imperativas e circunjacentes, refratárias ao idealismo verbal dos revisores do sistema constitucional.

Provocada a inconstitucionabilidade, fica a Constituição impotente e inutilizada para levar a cabo seus fins; exige-se demais da Lei Maior, de suas possibilidades formais, e ela, submersa numa formalização de conteúdos materiais de cunho meramente programático, se aparta dos domínios da realidade e das esferas do bom senso para entrar numa irremediável contradição consigo mesma, com a órbita de seus próprios fins.

Em verdade, a crise de inconstitucionabilidade outra coisa não significa senão a crise constituinte, a que tanto nos reportamos, instalada já no corpo da Constituição mesma, cujo formalismo sem fronteiras, indiferente à realidade, evidencia sua completa inadequação à época, ao meio e à cidadania.

A inconstitucionabilidade é, desse modo, a crise constituinte na sua versão mais depravada e ruinosa; crise que desconstitucionaliza a Sociedade desde as bases e corrompe toda a crença nos valores da Constituição.

12. *A crise de inconstitucionabilidade e a ingovernabilidade*

Palavra tão feia, portanto – neologismo tão maligno e excêntrico quanto a própria crise que traduz – a inconstitucionabilidade é irmã gêmea da ingovernabilidade. Apresenta-se talvez mais funesta e sombria do que esta, porquanto fere a essência do Estado, da Nação e da Sociedade.

A inconstitucionabilidade importa a corrosão e a atrofia de todos os princípios civilizadores da convivência política. Faz movediças as bases constituintes do regime. Mergulhada na crise, a vontade social já não atina com a saída pelos caminhos da razão.

A ingovernabilidade é a crise aguda de um só Poder – o Executivo, o qual, pelos instrumentos ao seu dispor, se reconhece desfalecido para governar, produzindo, assim, riscos de comoção institucional. Em verdade, o Brasil, no contexto continental, parece ser o único País que já se acha debaixo da ameaça latente desses dois fantasmas.

Mas é a inconstitucionabilidade o ponto de chegada de todas as dissoluções de uma ordem legal, daquilo que faz a alma das leis. E é dela que continuaremos a nos ocupar em seguida.

A *ingovernabilidade*, sendo o perecimento da ação executiva, representa a agonia final dos meios de exercício do poder, o desenlace de uma doença da legalidade, que torna o Executivo, de fato, demissionário de responsabilidades na administração da crise e ao mesmo passo incapaz de evitar a consumação do caos e prevenir a desordem institucional.

Contudo, a *inconstitucionabilidade* é muito mais grave: configura lesões irreparáveis no princípio da legitimidade toda vez que o poder constituinte, aparentemente legítimo, formula regras ou produz instituições em contradição com o bom senso, a realidade nacional e os limites de viabilidade receptiva do meio. Nessas circunstâncias, os perigos são muito mais sérios, assumem incomensurável gravidade.

De uma situação de desgoverno ou de não-governo o País pode sair com poucos arranhões nos centros vitais do poder, favorecido da sorte ou de alguma medida providencial de salvação pública; mas da inconstitucionabilidade não sai a Nação senão a longo termo, atravessando a *via crucis* das ditaduras e dos golpes de Estado, mudando de regime e de Constituição, ou tendo recurso ao poder constituinte em situações sempre vexatórias, anormais, explosivas, não raro revolucionárias.

Na ingovernabilidade, é a legalidade que enferma e paralisa o Poder Executivo; na inconstitucionabilidade, a doença acomete a própria legitimidade, mina as forças da Constituição, esmorece o poder de reforma, conduz ao capítulo final o processo desagregativo que antecede o colapso e a morte das instituições.

Sintomas de inconstitucionabilidade já se fazem sentir no Brasil com o atraso constitucional na formulação das leis complementares, que são a outra metade viva da Constituição ainda por elaborar-se, e também na falta de seriedade com que alguns constituintes estaduais promulgaram Cartas em cujo texto se estampam normas e preceitos violadores do pensamento e do título de legitimidade que elas deveriam incorporar. Assim, p. ex., ao anistiarem sonegadores ou privilegiarem, com remuneração astronômica, parcelas mínimas de servidores dos três Poderes.

A ingovernabilidade tão temida é apenas a ante-sala ou o vestíbulo de um mal muito maior, já à vista de quem examina a fundo a crise constituinte e constitucional dos países subdesenvolvidos. Que catástrofe para a democracia um país inconstitucionável!

A inconstitucionabilidade não é senão a inconstitucionalidade fática da própria Constituição nos desmaios fatais de sua eficácia perante o meio e a realidade. Só a realidade pode fazer inconstitucional a Constituição! Formalmente, não é possível haver preceitos constitucionais inconstitucionais. Uma Constituição fora de seu tempo pode, todavia, fazer qualquer país rolar ao mesmo tempo nestes dois abismos: o da ingovernabilidade e o da inconstitucionabilidade; em outras palavras, ficar sem Governo e sem Constituição.

A inconstitucionabilidade é a antevéspera da dissolução de uma nacionalidade que, perecendo para a liberdade e a democracia, passa a percorrer o caminho por onde se desagregam, em definitivo, os elementos de sua conservação e perpetuidade.

Capítulo 12

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. O princípio da proporcionalidade. 2. O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios. 3. O princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional e fundamento de um novo Estado de Direito. 4. As vacilações e ambigüidades terminológicas. 5. O princípio da proporcionalidade na Alemanha. 6. O princípio da proporcionalidade na Suíça, Áustria, França, Itália e Espanha. 7. O princípio da proporcionalidade e as normas de aplicação de direitos fundamentais. 8. O Legislativo e o Judiciário em face do princípio da proporcionalidade: da constitucionalidade formal à constitucionalidade material. 9. É o princípio da proporcionalidade um princípio de interpretação? 10. A crítica ao princípio da proporcionalidade. 11. O princípio da proporcionalidade e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

1. O princípio da proporcionalidade

Que é a proporcionalidade e que importância tem ela no Direito Constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários?

De início, faz-se mister ponderar a advertência de Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios. Procede assim a percuciente observação do publicista francês.[1]

Mas não resulta difícil estabelecer em caráter provisório ou preliminar duas noções de proporcionalidade: uma na acepção lata, e outra na acepção estrita; ambas de Pierre Muller, jurista que as expôs numa

1. Xavier Philippe, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionelle et Administrative Française*, Aix-Marseille, 1990, p. 7. Veja-se também Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza, 1989, pp. 69 e 86.

assembléia da União Suíça de Juristas, celebrada em Zurique nos dias 29 de setembro a 1º de outubro de 1978.

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.[2]

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.[3]

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.[4]

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso ("*eine Übermasskontrolle*").[5]

As bases do princípio da proporcionalidade contidas na junção fim e meio, Ermacora foi buscá-las entre as precursoras análises e reflexões exaradas por von Jehring em dois célebres trabalhos intitulados *O Fim do Direito* (*Der Zweck im Recht*) e a *Luta pelo Direito* (*Der Kampf ums Recht*), ambos do século passado.[6]

Mas Braibant, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acrescentou um terceiro elemento, a saber, a situação de fato, estabelecendo assim a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente.[7]

A questão da finalidade porém domina cada ordem jurídica, segundo Ermacora, de tal sorte que todos os sistemas de direito obedecem a um mandamento finalístico. O distinto constitucionalista austríaco

2. Pierre Müller, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 97, p. 531.

3. Pierre Müller, ob. cit., p. 218.

4. Pierre Müller, ob. cit., p. 218.

5. Veja-se Manfred Gentz, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", fasc. 35, p. 1.600.

6. Felix Ermacora, "Das Verhältnismässigkeitprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention", in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Europäischen Rechtsordnungen*, p. 67.

7. Xavier Philippe, ob. cit., p. 64.

faz essa afirmação ostensivamente amparado na mesma tese de von Jehring.

Do caráter teleológico do Direito infere ele também a questão instrumental; de modo que fim e meio, em razão da regra jurídica, se acham numa conexão normativa e também numa relação sistemática, determinada pelo conjunto do Direito e da Sociedade.[8] Só a reflexão filosófica, diz o constitucionalista, fundamenta a proporcionalidade na relação fim e meio em ordem a que se possa determinar se tal exigência conduzirá a um princípio geral de direito cristalizado na máxima da proporcionalidade.[9]

Contraditoriamente, depois de asseverar que o princípio da proporcionalidade somente se aplica aos direitos do homem (*Menschenrechte*), e não a todas as categorias ou gerações de direitos – circunscrevendo-se por conseguinte aos chamados direitos de resistência ou defesa (*Abwehrrechte*) – Ermacora logo admite que seu raio de ação se dilata além dos direitos da primeira geração.[10]

Com efeito, há cerca de cinqüenta anos, Krueger – ao afirmar que já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais – fizera uma constatação que se nos afigura a descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz, dos quais o mais importante vem a ser, indubitavelmente, na ordem constitucional de nossos dias, o princípio de proporcionalidade.[11]

Urge fazê-lo alvo, pois, das reflexões mais atualizadas e atualizadoras em matéria de defesa de direitos fundamentais perante o poder do Estado. Com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade.[12]

Na década de 70 Grabitz já percebia a "constitucionalização" do princípio da proporcionalidade, bem como o grande influxo que ele começava a exercer no domínio dos direitos fundamentais, resumindo tudo nestas palavras introdutórias a um importantíssimo artigo sobre o tema:

"Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem conseqüência sistemática evidente; desde o 'Apotheken-Urteil', porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade, a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais."[13]

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e aufere um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.[14]

Diz Penalva, em oposição a Braibant, que a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, porquanto "é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados".[15]

Com efeito, "cânone de grau constitucional"[16] com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, "as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com

8. Felix Ermacora, ob. cit., p. 67.
9. Felix Ermacora, ob. cit., pp. 67/68.
10. Felix Ermacora, ob. cit., p. 68.
11. Herbert Krueger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, p. 12.
12. Felix Ermacora, ob. cit., p. 69, e Vasak.

13. Eberhard Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Aör, 1973/498, pp. 569/570.
14. Ulrich Zimmerli, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht", in *Zeitschrift*, ob. cit., p. 9.
15. Ernesto Pedraz Penalva, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, pp. 342/343.
16. E. P. Penalva, ob. cit., p. 342.

lesão de espaços jurídicos-fundamentais", como assevera ainda o mesmo publicista espanhol,[17] o princípio da proporcionalidade assume, de último, importância que só faz crescer, qual se depreende do estudo de Stelzer, constante da mais recente bibliografia austríaca de direito constitucional, e estampado em 1991.[18]

Não cabe discutir, de imediato, se o princípio da proporcionalidade é um "princípio normativo" (Hotz) ou um "princípio aberto" (Stern), ou seja, "informativo" (Zimmerli) na linha classificatória, terminológica e conceitual estabelecida por Esser, admitida por Alexy e consagrada por Larenz e alguns juristas alemães.[19]

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.

2. *O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios*

Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade.

Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa "o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público", conforme a linguagem constitucional dos tribunais.[20] Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se

17. E. P. Penalva, ob. cit., p. 342.

18. Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Viena, 1991.

19. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. 1, p. 673 e *Zeitschrift*. cit., p. 555; Werner Friedrich Hotz, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besondere Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels– und Gewerbefreiheit*, fasc. 510, p. 75 e Joseph Esser. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, p. 69; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 466 e Hans Huber, "Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht", in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (ZSR), 96, 1, p. 19.

20. Ulrich Zimmerli, ob. cit., p. 13.

percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o designio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que "a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido",[21] ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.[22]

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja,[23] ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.[24]

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: "de dois males, faz-se mister escolher o menor". E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada "mas o meio empregado" e que este "deve ser dosado para chegar ao fim pretendido".[25]

Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz/Duerig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave ("das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels").[26]

Com a *Erfordelichkeit*, observa Stern, escorado na jurisprudência constitucional da Alemanha, o legislador dispõe de um espaço de ação concernente à escolha do meio que vai utilizar ("Der Gesetzgeber hat also einen Handlugspielraum bezüglich der einzusetzenden Mittel").[27]

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, a

21. Xavier Philippe, ob. cit., p. 44.

22. Hans Huber, "Über den Grundsatz", ob cit., p. 27.

23. Ulrich Zimmerli, ob. cit., p. 27.

24. Hans Huber, "Über den Grundsatz", ob. cit., p. 27.

25. Xavier Philippe, ob. cit., p. 44.

26. Klaunz/Duerig, Komm z. GG Herzog, Lfg. 18 September 1990, p. 289.

27. Klaus Stern, *Das Staatsrecht*, ob. cit., p. 574.

escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.[28]

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

Ministra-nos ele, em síntese lapidar, a latitude dessa reflexão: "É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade".[29]

A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é "excessiva", "injustificável", ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade.[30]

3. *O princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional e fundamento de um novo Estado de Direito*

O princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiqüíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo.

Mas a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados.

Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da *constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

28. Pierre Müller, "Le principe de la proportionalité", *Revue de Droit Suisse*, v. 97, fasc. 3, p. 212.

29. Pierre Müller, ob. cit., p. 121.

30. Klaus Stern, ob. cit., p. 674.

Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-se em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional do estilo daquela a que se referiu Cappelletti, relativa ao incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade.[31]

Aliás, o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de "declarações político-filosóficas", se tornaram "atos de legislação vinculantes", conforme demonstra um notável constitucionalista espanhol – atos, portanto, plenos de juridicidade.[32]

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça.

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição.[33]

31. M. Cappelletti, *apud* E. F. Penalva, *Constitución, Jurisdición y Proceso*. ob. cit., pp. 336/337.

32. E. P. Penalva, ob. cit., p. 335.

33. Hans Schneider, "Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen", in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, p. 391. Com as transformações havidas, geradoras de uma segunda forma de Estado de Direito, nem por isso o legislador ficou de mãos atadas ou se despojou de poderes peculiares à nature-

No segundo Estado de Direito o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio da *legalidade* se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de *constitucionalidade*.

De conseguinte, o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, típica da idade do primeiro Estado de Direito.

De último, com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.

As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de *constitucionalidade*, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de *legalidade* ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal.

Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional.

Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.

za e índole de sua função. Senão vejamos a pertinente observação de Pierre Müller, deste teor:

"Mais do que a administração que aplica o direito ao caso concreto, o legislador desfruta de uma vasta liberdade de apreciação; abrange esta não somente a definição legal das medidas que se afiguram aptas e necessárias à realização dos objetivos da Constituição senão também aquelas que ele mesmo deve fixar na esfera de suas atribuições constitucionais" (Pierre Müller, *Zeitschrift*, v. 97, ob. cit., p. 215).

Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito. Assim o asseveram, sem tergiversar, aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional.[34]

De último, entre os juristas de língua alemã, nomeadamente os da Alemanha e Suíça, prevalece o mesmo entendimento de que o princípio da proporcionalidade é, em verdade, um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito. A jurisprudência e a doutrina consagraram-no como tal. Veja-se aqui a posição de Ulrich Zimmerli, Hans-Uwe Erichsen e A. Grisel, este último sobretudo quando afirma que o princípio da proporcionalidade se acha subjacente aos direitos constitucionais – "sous-jacent aux droits constitutionnels".[35]

Não varia dessa posição Pierre Muller ao asseverar que o princípio da proporcionalidade é da mesma natureza dos direitos fundamentais cujos limites são por ele determinados.[36]

Possui também estatuto de princípio geral de direito. Grande parte da doutrina mais recente se inclina na direção desse entendimento. Entre os que assim o fazem figura Robert Alexy, um clássico da teoria dos direitos fundamentais, o qual ressalta a conexão existente entre a teoria dos princípios e a regra de proporcionalidade.

Com efeito – assinala o douto jurista e pensador – o caráter de princípio implica o de proporcionalidade e vice-versa. Não deixa dúvida a esse respeito, escrevendo:

"Que o caráter de princípio implica o princípio de proporcionalidade, significa que o princípio de proporcionalidade com seus três princípios parciais de *pertinência* (*Geeignetheit*), *necessidade* (*Erforderlichkeit*) ou mandamento de uso do meio mais brando, e *proporcionalidade em sentido estrito*, aliás, mandamento de ponderação ou avaliação, logicamente resulta da natureza de princípio, a saber, deste se deduz."[37]

34. Peter Wittig, *Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes*, *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 23, p. 820.

35. André Grisel, "Droit Public non Écrit", in *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, p. 147.

36. Pierre Muller, ob. cit., p. 534.

37. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 1.000.

A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontrastável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais.

A jurisprudência constitucional da Alemanha parece não haver ainda resolvido o problema da "sede *materiae*" do princípio da proporcionalidade, sem embargo dos consideráveis avanços da doutrina a esse respeito.

Ocupando-se do assunto, Maunz e Duerig mostram que ele ficou durante algum tempo sujeito a oscilações: primeiro, buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais;[38] a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida, mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação.[39]

A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução.[40] Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito, do Direito Administrativo, onde floresceu desde aquela máxima clássica de Jellinek de que "não se abatem pardais disparando canhões", até chegar ao Direito Constitucional, cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram.

4. *As vacilações e ambigüidades terminológicas*

As dificuldades terminológicas ainda afligem o princípio da proporcionalidade: nem todos os autores que se ocupam da matéria chegaram a um nível de acordo apto a afastar dúvidas e controvérsias acerca de expressões de uso corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência. Haja vista a esse respeito os alemães que em primeiro lugar criticam a carência de unidade de sistematização de sua Corte Constitucional quando enfrenta o problema da designação daquele princípio.

Os termos mais usuais na linguagem jurídica ali são "proporcionalidade" (*Verhältnismässigkeit*) e "proibição de excesso" (*Übermassverbot*), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i. e., Sinn*), que compõem o sobredito princípio.

A locução "vedação de excesso", ou seja, *Übermassverbot*, teve a preferência de importantes juristas desde Jellinek, um clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus Stern, Hoffmam-Becking, Kloepfer, H. Liesegang e Selmer, entre outros.

Todavia, a expressão de último mais em voga, tanto nos trabalhos de autores alemães como suíços, austríacos, franceses e espanhóis vem a ser simplesmente "proporcionalidade" (*Verhältnismässigkeit*), adotada por publicistas do quilate de R. v. Krauss, um dos precursores da reflexão sistemática sobre o assunto. Mormente se atentarmos para o fato de que sua obra O *Princípio da Proporcionalidade* (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) data de 1953, a par de outros de igual tomo quais Gentz, Wittig, Hans Schneider, Konrad Hesse, Huber, Wolffers, Zimmerli e Müller, aqui citados com freqüência, em razão do valor marcante da contribuição que ofereceram.

A Corte Constitucional de Karlsruhe na Alemanha tem recorrido aos dois termos com visíveis oscilações e numa incerteza persistente até mesmo os utiliza unidos, conforme consta de algumas decisões.[41] Nestas aquele órgão fala dos "princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso" (*Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des Übermassverbots*) como se fossem de distinta significação ou de abrangência diversa.

Tocante às discrepâncias de uma terminologia sobre a qual inexiste consenso, o constitucionalista alemão Grabitz refere que o Tribunal

38. Assim o art. 19 (2) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que formulou a salvaguarda de intangibilidade da essência medular dos direitos fundamentais: "In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden".

39. Maunz/Duerig, ob. cit., p. 289.

40. A Convenção Européia dos Direitos do Homem e a Corte Européia desses mesmos direitos igualmente o elevaram à categoria de princípio geral de direito, seguindo o caminho das correntes doutrinárias mais afeiçoadas à consagração de sua normatividade.

41. As decisões da Corte Constitucional alemã foram as seguintes: 23, 127 (133), 38 e 348 (368).

Constitucional da Federação Alemã congrega os três elementos parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita – debaixo da expressão conjunta de proporcionalidade, ao passo que Lerche, omitindo o subprincípio da adequação (*Geeignetheit*), une os dois elementos restantes (*Erforderlichkeit* e *Verhältnismässigkeit*) sob a designação de "proibição de excesso" (*Übermassverbot*).[42]

De início, as vacilações terminológicas do Tribunal alemão eram mais acentuadas, determinando qualificações como excessivo (*übermässig*), inadequado (*unangemessen*), racional (*vernünftig*), materialmente justo e legítimo (*sachgerecht und vertretbar*), necessário (*erforderlich*), indispensável (*unerlässlich*), absolutamente necessário (*unbedingt notwendig*), compiladas por Hans Schneider com toda a paciência nos acórdãos da Corte Constitucional.[43]

Há também expressões concorrentes, rivais ou afins ao conceito de proporcionalidade, volvidas, pelo seu aspecto material ou de conteúdo, para o lado tópico da solução justa do caso concreto, as quais foram reconhecidas e arroladas por Hirschberg, a saber, a "vedação de arbítrio" (*Willkürverbot*), o "princípio de avaliação de bens jurídicos" (*Güterabwägungsprinzip*), "princípio de avaliação de interesses" (*Grundsatz der Interessenabwägung*) e o "princípio de justiça" (*Gerechtigkeitsgrundsatz*), todos subjacentes ao princípio da proporcionalidade.[44]

Outros princípios convergentes, aparentados também com o da proporcionalidade, são o princípio da "concordância prática", formulado e desenvolvido teoricamente por Konrad Hesse (*das Prinzip der praktischen Konkordanz*) e o princípio da "boa-fé" (*der Grundsatz von Treu und Glauben*); o primeiro, tanto quanto o da proporcionalidade, no qual aliás se acha de certo modo implícito, tem sido de valioso préstimo respeitante à interpretação dos direitos fundamentais.

Até a aparição em 1955 da primeira obra clássica de sistematização do princípio da proporcionalidade, de autoria de Rupprecht von Krauss, este princípio era conhecido sob a denominação de preceito da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), mas ao seu lado já tomava vulto um aspecto novo da proporcionalidade, percebido pelo mesmo Krauss, que logo o distinguiu do princípio da necessidade, empregando-o pela primeira vez sob a designação nova de máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Surgiu contudo um problema terminológico, porquanto o princípio da necessidade podia estar contido no da proporcionalidade em sentido estrito, mas este em toda a sua extensão não cabia naquele.

42. Eberhard Grabitz, *Der Grundsatz*, ob. cit., pp. 570/571.
43. Hans Schneider, ob. cit., p. 392.
44. L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, pp. 250/251.

Que fez von Krauss? Apegou-se ainda à concepção clássica e em verdade não resolveu o problema, pois para ele a expressão *princípio da proporcionalidade* (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) significava tão-somente princípio da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*). Era uma posição insustentável, geradora de confusões, como já em 1955 advertiria o juiz Bender, do Tribunal Constitucional, porquanto o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tomava a cada passo contornos mais nítidos, ou se tornava objeto de reconhecimento geral, ao mesmo passo que partia os vínculos com a máxima da necessidade (*Erforderlichkeit*), desta visivelmente se emancipando até fazer aguda e inarredável a crise terminológica.[45]

O princípio da proporcionalidade já não coincidia por inteiro com o princípio de necessidade e este ao desmembrar-se daquele, assumindo a designação que ainda não possuía de "princípio da necessidade" (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), se tornou uma categoria própria ou uma peça autônoma embora constitutiva do princípio da proporcionalidade em sua acepção mais genérica.

Com a obra de Lerche em 1961 a distinção se consolida: os princípios, o da proporcionalidade e o da necessidade, são tratados separadamente enquanto formas distintas, embora sob o denominador comum da designação coletiva de "proibição de excesso" (*Übermassverbot*).

A controvérsia terminológica acerca da utilização do princípio da proporcionalidade nos oferece ainda a crítica de Grabitz à Corte Constitucional alemã por haver inserido três elementos parciais na definição do conteúdo do princípio, ou seja, "a adequação, a necessidade e a proporcionalidade", quando, em verdade, segundo ele, somente estes dois últimos têm sido conceitualmente abrangidos pela jurisprudência daquele tribunal.

Em rigor, Grabitz parte da averiguação de que o princípio da proporcionalidade se refere à relação entre o fim de uma medida estatal e o meio empregado para sua efetivação, exigindo-se porém que esse meio seja adequado. A simples relação entre o meio e o fim seria meramente quantitativa, ao passo que, introduzindo-se a noção de adequação, que implica juízo de valor, a relação se torna qualitativa.[46]

45. L. Hirschberg, ob. cit., pp. 15 e 17.
46. E. Grabitz, ob. cit., p. 571.

Em suma, com respeito à questão terminológica, faz-se mister adotar uma posição cautelosa como preconiza Hirschberg. Tocante ao princípio da proporcionalidade há sempre – conforme ele assevera – o risco de graves mal-entendidos ou ambigüidades derivadas de linguagem nem sempre clara, uniforme ou inequívoca relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto e até mesmo com referência ao "princípio geral" (*Gesamtgrundsatz*), ou seja, à proporcionalidade numa acepção lata.[47]

Resume Hirschberg os "grandes estádios", a saber, a trajetória temporal do "princípio da proporcionalidade", qual hoje o conhecemos e utilizamos em sua acepção lata, que abrange todos aqueles aspectos ou conteúdos parciais inseridos em sua composição, sob a denominação de *Übermassverbot*. Tem o mesmo significado do princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) no Direito de Polícia (*Polizeirecht*), conforme consta da noção conceitual estabelecida por Jellinek. A seguir, biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado, qual flui dos ensinamentos de Lerche. De último, a par da *Übermassverbot*, que não foi desterrada do uso terminológico, serve a proporcionalidade para designar a "trias" de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos por regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* e *Verhältnismässigkeit i. e. S.*).[48]

Finalmente, é de ressaltar que a ocorrência de sinonímia na extensão em que hoje se admite, com respeito aos princípios da proporcionalidade (em sua acepção lata) e de "proibição de excesso" (*Übermassverbot*) pode verificar-se também relativamente aos princípios parciais acima enunciados.

Com efeito, Hirschberg assinala os seguintes sinônimos de uso corrente: para o da adequação (*Geeignetheit*), o da validade (*Tauglichkeit*) ou validade de fim (*Zwecktauglichkeit*); para o de exigibilidade (*Erforderlichkeit*), o de necessidade (*Notwendigkeit*), da menor interferência possível (*des geringstmöglichen Eingriffs*), do mínimo de intervenção (*dem Gebot des Interventionsminimum*), do meio mais suave (*dem Grundsatz des mildesten Mittels*), do meio mais moderado (*des schonendsten Mittels*), da subsidiariedade (*der Subsidiarität*); para o da proporcionalidade em sentido estrito, o da proporcionalidade (*Proportionalität*), o da conformidade (*Angemessenheit*) e até mesmo o da proibição de excesso (*Übermassverbot*).[49]

47. L. Hirschberg, ob. cit., p. 2.

48. L. Hirschberg, ob. cit., pp. 17/18.

5. *O princípio da proporcionalidade na Alemanha*

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nessa segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução no Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça.

Os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no direito continental europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais. Com esse princípio se combatem os excessos legislativos que na concretização das reservas de lei interferem sobre esses direitos, tornando inaceitáveis algumas limitações impostas aos mesmos pelo legislador e suscitando o necessário controle judicial por via de eventuais arestos de inconstitucionalidade.[50]

As origens administrativas do princípio da proporcionalidade na Alemanha, com alicerces no direito natural, onde a liberdade é inata e inalienável ao homem, remontam a fins do século XVIII, precisamente a Suarez, "o pai do *Preussisches Landrecht*".[51]

Com efeito, em 1791, segundo Jellinek, esse célebre jurista numa conferência sobre o direito de polícia formulou nestes termos o princípio fundamental do Direito Público: "O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos".[52]

49. L. Hirschberg, ob. cit., pp. 18 a 21.

50. Hans Huber, ob. cit., pp. 1 a 6 e Klaus Stern, "Protokol der 112. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 29. und 30. September und 1. Oktober 1978 in Zürich", in *ZSR*, v. 97, pp. 522 a 524.

51. Pierre Müller, *Le Principe*, ob. cit., p. 2.090.

52. Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung* (1913), pp. 290 e 291.

Vinculada ao Direito de Polícia e à jurisdição administrativa, a teoria da proporcionalidade vingou primeiro na Prússia, onde alcançou certa maturidade e dali se dilatou aos demais Estados alemães.[53]

Mas foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, e sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação de caráter constitucional, em mais de 150 arestos, conforme assinalou Klaus Stern.[54]

Aliás, em dois célebres julgamentos, o "Lüth-Urteil", de 15 de janeiro de 1958 e o "Apotheken-Urteil", de 11 de junho de 1958, o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre direitos fundamentais, abrindo caminho à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância; no primeiro caso, concernente ao direito de opinião, ao exercício de uma liberdade com caráter de garantia institucional, mais precisamente de garantia de instituto (*Institusgarantie*), e no segundo caso, respeitante ao livre exercício da profissão, nomeadamente às limitações que lhe são possíveis traçar.

Mediante o emprego do princípio da proporcionalidade emergiu do "Lüth-Urteil" uma teoria de efeitos recíprocos (*Wechselwirkungstheorie*) que tem o direito fundamental quando se confronta com uma "lei geral", fazendo que a lei limite o direito fundamental, mas seja interpretada à luz desse direito; caso contrário, o direito cairia no "vazio" (*leerlaufen*).

Tocante ao "Apotheken-Urteil", esta decisão fez nascer uma "teoria de três graus", referente à competência regulativa do legislador, em que se distinguem pressupostos objetivos de admissão ao exercício da profissão; pressupostos subjetivos da mesma finalidade e, de último, as regulamentações da profissão, que se legitimam com base em ponderações racionais e materiais do bem comum, devendo assim o exame desses três aspectos nortear o legislador ao prescrever, com a observância do princípio da proporcionalidade, limitações àquele direito fundamental.[55]

Os dois julgamentos, cronologicamente tão próximos, conduziram todavia a diferentes posições do Tribunal, ou seja, a variações interpretativas, conforme assinalam vários publicistas. Em verdade, o contraste foi assim estabelecido por Bernhard Schlink, de forma um tanto rudimentar:

53. Hans Huber, ob. cit., p. 1.
54. Klaus Stern, *Protokoll*, ob. cit., pp. 552/553.
55. Martin Kriele, *ESJ-Grundrechte*, pp. 27 a 78.

"Na tradição do *Lüth-Urteil* deve o titular do direito fundamental demonstrar o valor de sua ação, ao passo que no *Apotheken-Urteil* é ao Estado que cabe justificar por que interveio. Em conseqüência, na tradição do *Lüth-Urteil* faz-se relevante para a distinção de vários graus a qualidade do direito fundamental; já no *Apotheken-Urteil*, importa a intensidade da intervenção estatal."[56]

O Tribunal Constitucional da Federação Alemã, durante muitos anos, vacilou quanto à terminologia e a fixação de um conteúdo teórico referente ao princípio da proporcionalidade. A linguagem, os conceitos, a aplicação do princípio suscitaram não raro dúvidas e confusões oriundas também da falta de unidade dos arestos no tratamento da matéria – uma deficiência que se sente, embora atenuada, até os nossos dias.

Ocupando-se dessas variações da jurisprudência, Eberhard Grabitz começa seu artigo sobre "O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal", asseverando, em primeiro lugar, que o princípio já faz parte dos princípios da Constituição e desempenha na judicatura daquele Tribunal "um importante e extraordinário papel".[57] Mas acentua que "de início, o Tribunal o emprega de maneira hesitante, casuística e sem conseqüência sistemática reconhecida".[58]

Afirma, em seguida, que a partir do "Apotheken-Urteil", o princípio se torna um critério de emprego cada vez mais freqüente em largos círculos do Direito Constitucional para determinar a constitucionalidade dos atos praticados pelo Estado.[59]

Mas foi com a decisão de 16 de março de 1971 sobre armazenagem de petróleo (*Erdölbevorratung*) que pela primeira vez aquela Corte se houve com clareza acerca de seu entendimento sobre a natureza e essência do princípio da proporcionalidade, ao defini-lo numa fórmula feliz, concisa e lapidar, do seguinte teor:

"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu

56. "In der Tradition des Lüth-Urteils musste der Grundrechtsträger den Wert seines Handelns, im Apotheken-Urteil muss der Staat die Berechtigung seines Eingreifens nachweisen. Entsprechend gilt die Unterscheidung verschiedener Stufen in der Tradition des Lüth-Urteils der Qualität des Grundrechtsgebrauch, im Apotheken-Urteil der Intensität des staatlichen Eingriffs" (Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht, Schriften zum Öffentliches Recht*, v. 299, p. 51).
57. E. Grabitz, ob. cit., p. 569.
58. E. Grabitz, ob. cit., pp. 569/570.
59. E. Grabitz, ob. cit., pp. 569/570.

auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental."[60]

Há uma máxima do Tribunal Constitucional federal que resume, segundo Grabitz, toda a sua doutrina de aplicação do princípio da proporcionalidade, a saber, "quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão".[61]

O constitucionalista suiço Hans Huber assinalou a importância da consolidação do princípio na Alemanha, desde sua "ascensão do campo do Direito Administrativo para o Direito Constitucional". Aliás isso já fora ponderado por Hans Schneider ao declarar que para esse resultado muito haviam contribuído a doutrina e a jurisprudência. Constatou ele por igual o papel relevante que o princípio tem alcançado nas decisões do Tribunal Constitucional.[62]

Dois notáveis trabalhos da literatura jurídica estampados na Alemanha fizeram crescer já durante as décadas de 50 e 60 o interesse pelo princípio da proporcionalidade.

O primeiro, de 1955, é uma tese universitária de R. von Krauss, publicada em Hamburgo e intitulada *O Princípio da Proporcionalidade* (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*); o segundo, é um livro de 1961, de autoria de Peter Lerche, publicado em Colônia e intitulado *Excesso e Direito Constitucional, a Vinculação do Legislador aos Princípios da Proporcionalidade e da Necessidade* (*Übermass und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit*). Ambos, de larga repercussão, nomeadamente o segundo, já consagrado como uma das contribuições clássicas do Direito Constitucional alemão sobre o assunto.

60. "Das Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können" (*BVerfGE* 30, p. 292, *apud* George Ress, *Der Grundstaz des Verhältnismässigkeit in europäischen Rechts-Ordnungen*, p. 13).

61. Aresto da Corte Constitucional de Karlsruche, *apud* Grabitz, *Der Grundsatz*, ob. cit., p. 581.

62. Hans Huber, ob. cit., p. 18 e Hans Schneider, ob. cit., pp. 390 e ss.

Desde então diversos autores de língua alemã trouxeram com a crítica, a reflexão e a análise novos e proveitosos aperfeiçoamentos doutrinários, quais os que se inferem dos trabalhos de Hans Schneider, Bernhard Schlink, M. Gentz, P. Wittig e Hans Huber, entre outros.

O princípio não entrou formalmente no texto da Lei Fundamental de Bonn, mas indubitavelmente se tornou um dos princípios cardeais do Direito Constitucional daquele país, sobretudo tocante à matéria de direitos fundamentais e limitações que a esse respeito se faz mister impor à ação do Estado.

A tebria discrepante de Lerche, segundo a qual o princípio da proporcionalidade não se aplica a todos os direitos fundamentais ou a todos não se aplica com igual eficácia, foi objeto de forte rejeição, particularmente do lado da Corte de Karlsruhe. Com efeito, alguns direitos fundamentais contidos em artigos da Constituição aos quais Lerche recusava a aplicação do princípio da proporcionalidade, foram, segundo Grabitz, precisamente aqueles que mais enriqueceram a jurisprudência do Tribunal sobre o mencionado princípio.[63]

Enfim, a trasladação do princípio da proporcionalidade da esfera do Direito Administrativo para a esfera do Direito Constitucional tem sido precisamente obra dos tribunais, destacando-se em primeiro plano, como não poderia deixar de ser, aquela Corte.

6. *O princípio da proporcionalidade na Suíça, Áustria, França, Itália e Espanha*

A Suíça é um dos países europeus cuja ordem jurídica mais de perto se familiarizou com o princípio da proporcionalidade. A tradição de seu uso ali remonta às últimas décadas do século XX, conforme constata Hans Huber, embora, de início, não se conhecesse sob a designação atual.[64]

Aliás, a proporcionalidade tem sido ínsita à organização política e social do país, em virtude do imperativo de acomodar grupos mediante um sistema de proporção que promova a sustentação pacífica das estruturas de poder repartidas segundo variações regionais, lingüísticas e religiosas.[65]

63. Manfred Gentz, ob. cit., pp. 1.600/1.601.

64. Hans Huber, ob. cit., p. 3.

65. Peter Pernthaler, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, p. 208.

Até 1930 prosseguiu seu uso um tanto esporádico, ordinariamente vinculado a limitações policiais impostas à liberdade industrial. Da liberdade de indústria e comércio, e do campo do Direito Administrativo, o princípio se irradiou, a seguir, para todos os domínios do direito público, depois que o Tribunal da Federação o considerou um princípio fundamental.

Passou a ser então princípio, como disse Ulrich Zimmerli, que entende com todo "o problema de limitação do poder legítimo" e inarredável toda vez que se trata de ministrar o "critério para as limitações admissíveis da liberdade individual".[66]

Reconhecido assim, de último, pela doutrina e jurisprudência, o princípio da proporcionalidade naquele país levou Arthur Wolffers a fazer essa constatação de que agora já se costuma outorgar a semelhante princípio "o grau de princípio de Direito Constitucional não escrito".[67]

O mesmo jurista atentou também para o fenômeno da expansão do princípio da proporcionalidade, cunhando a fórmula do "alargamento horizontal" (*horizontale Ausbreitung*), mediante a qual se conduz o princípio desde o Direito Administrativo ao Direito Constitucional, bem como aos demais ramos da Ciência Jurídica. Escreveu ele:

"É doutrina imperante que o princípio seja respeitado em todas as esferas materiais de intervenção do Estado nos direitos do cidadão. Não importa em absoluto que a correspondente atividade do Estado se exercite debaixo da forma de administração, jurisdição ou legislação."[68]

Mas não é o fato apenas dessa propagação que se deve tomar em conta senão a natureza qualitativa do princípio, ou seja, aquilo que resulta de seu ingresso como regra geral de direito de valor constitucional na esfera normativa; a par disso também o envolvimento profundo do princípio com os direitos fundamentais, cuja teoria não se pode compreender nem explicar sem remissão a um controle de proporcionalidade e, enfim, o reconhecimento decisivo de que ele "não vincula somente a autoridade executiva mas também o legislador".[69]

Reconhecendo o princípio da proporcionalidade na Suíça como um princípio geral de direito de grau constitucional, Xavier Philippe acres-

66. Ulrich Zimmerli, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, ZSR, ob. cit., p. 9.

67. Arthur Wolffers, "Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, v. 113, p. 297.

68. Arthur Wolffers, ob. cit., p. 297.

69. Arthur Wolffers, ob. cit., p. 247.

centa que "ele se define sumariamente como a necessidade de respeitar uma relação entre os meios empregados para tomar uma medida e o fim procurado".[70]

Todos esses traços característicos da transformação operada no seu emprego fazem da proporcionalidade na Alemanha e na Suíça o instrumento potencialmente mais eficaz para contra-arrestar a dependência do indivíduo ao Estado nas formas contemporâneas de organização jurídica da sociedade.

Com efeito, no art. 3º, inciso I do projeto de Emenda à Constituição elaborado pelo professor e constitucionalista J. P. Aubert, constava a seguinte disposição: "A atuação estatal deve ser proporcional" (*Staatliches Handeln muss verhältnismässig sein*).[71]

Por sua vez, a Comissão de Notáveis incumbida de elaborar uma proposta de reforma total de revisão da Constituição deu ao princípio da proporcionalidade no art. 4º, § 2º do seu projeto, a seguinte redação: "Os atos do Estado devem ser adequados ao fim que se busca" (*Handlungen des Staates müssen dem verfolgten Ziel angemessen sein*).

Apesar de todo esse interesse reinante na Suíça ao redor do princípio da proporcionalidade, bem como do empenho de introduzi-lo formalmente na Constituição, e ainda de um aresto de 1970 do Tribunal Federal de que o princípio valia tanto para a formulação do Direito (*Rechtssetzung*) como para a sua aplicação (*Rechtsanwendung*), verdade é que ao mesmo ainda se deparam dificuldades de emprego mais amplo, resultantes, segundo Hans Huber, da exclusão de um controle de normas, abstrato e concreto, na esfera federal suíça.[72]

Não deve todavia ficar deslembrado que a utilização do princípio da proporcionalidade na Suíça revelou também a importância do influxo do Direito Constitucional sobre o Direito Administrativo, fazendo Fritz Werner, então Presidente do Tribunal Administrativo Federal, declarar numa conferência que o Direito Administrativo era o Direito Constitucional concretizado.[73]

70. Xavier Philippe, ob. cit., p. 47.

71. Xavier Philippe, ob. cit., pp. 47/48.

72. "Expertenkomission für die Verbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Arbeitspapiere", I, 1974, p. 14. Já a emenda formalmente apresentada à Constituição suíça é do seguinte teor: "Os atos dos órgãos do Estado devem ser adaptados ao seu fim" ("Les Actes des Organes de l'État Doivent Être Adaptés à Leur But"). V. Hans Huber, ob. cit., p. 24.

73. Fritz Werner, *Recht und Gericht in unserer Zeit*, pp. 221/222.

Enfim, é de ressaltar que na Suíça o princípio da proporcionalidade em sua aplicação jurisprudencial aparece até certo ponto como um princípio aberto, flexível, carente de sistematização e rigidez. Infere-se tal abertura, por exemplo, daquilo que escreve Peter Saladin: "O princípio da proporcionalidade manifesta-se assim na jurisprudência da Corte federal qual noção superior para uma série de pressupostos materiais de intervenção, os quais pelo aspecto prático e dogmático possuem um peso de todo distinto. O Tribunal se absteve, por inteiro, de colocar esses diferentes significados numa relação sistemática e recíproca ou elaborar uma ordem gradual; tampouco se ocupou em discutir minuciosamente a questão de uma fundamentação dogmática do princípio".[74]

Criticando a ausência de debates sistemáticos sobre o princípio nos arestos do Tribunal federal, o mesmo Saladin pondera que o princípio da proporcionalidade se afigura ao Tribunal, de maneira evidente, um pressuposto óbvio de limitação estatal da liberdade.[75]

Durante uma jornada de debates e palestras da Conferência de Juristas Franco-Alemães, promovida em Estrasburgo, nos dias 26 e 27 de novembro de 1982, o constitucionalista austríaco Felix Ermacora, relatando o tema denominado *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Austríaco e na Visão da Convenção Européia dos Direitos Humanos*, declarou que na Áustria os direitos fundamentais se apóiam sobre dois pilares: a Lei Fundamental de 1867 e a referida Convenção, elevada ali ao grau de Direito Constitucional.

Os dois estatutos acham-se, segundo ele, impregnados de disposições ou regras que se inspiram no princípio da proporcionalidade. Daí extraiu Ermacora a conclusão de que o princípio da proporcionalidade rege o sistema dos direitos do homem na Áustria.[76]

No mesmo ensaio Felix Ermacora assim descreve a situação dos direitos fundamentais em seu país, sobre os quais atua o princípio da proporcionalidade:

"A Áustria tem um acervo muito complexo de direitos fundamentais. É composto do direito que se constituiu nacionalmente e do que provém do direito internacional. Afigura-se-me que não cabe aqui esboçar esse complexo insuladamente. Mas há duas pilastras do sistema que merecem destaque:

74. Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, p. 356.
75. Peter Saladin, ob. cit., p. 356.
76. Felix Ermacora, ob. cit., p. 77.

"A Lei Fundamental do Estado acerca dos direitos gerais do cidadão, de 1863, e a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que a Áustria subscreveu em 1958 e que hoje vale como parte integrante de seu Direito Constitucional."[77]

De início, porém, o princípio da proporcionalidade na Áustria percorreu um caminho análogo ao da Alemanha, atado ao Poder de Polícia e com exercício de influência sobre as decisões do Tribunal Administrativo. Foi esse aspecto versado por Hans Huber, o qual acrescentou que depois da Segunda Grande Guerra Mundial o quadro se modificou: afastou-se aquele país do modelo alemão, para enveredar por uma via de positivismo e normativismo cuja conseqüência mais considerável tem sido uma certa moldura de rigidez e parcimônia na aplicação do sobredito princípio.[78]

Em se tratando de um princípio com sede no universo do direito natural, segundo Ubertazzi, e onde o direito se define como *ars boni et aequi*, compreendem-se as resistências doutrinárias dos juristas austríacos da velha e da nova Escola de Viena ao princípio da proporcionalidade. A literatura jurídica não lhe dedica a atenção e a análise que tem merecido na Alemanha e na Suíça.[79]

Em França o princípio da proporcionalidade se move no âmbito da jurisdição administrativa, manifestando-se sobretudo por via do chamado "poder discricionário" (*pouvoir discrétionnaire*) que se limita pelo controle do "desvio de poder" (*détournement du pouvoir*).[80]

Sua aplicação explícita na jurisdição constitucional é praticamente desconhecida. A substância do princípio se reconhece e aplica, mas sua designação se ignora. Acontece o mesmo, com menos evidência, na esfera da jurisdição constitucional. Tudo isso decerto conduziu Guy Braibant, em 1974 – época muito anterior ao recente impulso dado àquele princípio na Alemanha, Suíça e também no direito comunitário europeu como regra constitucional de proteção dos direitos fundamentais – a fundamentar a seguinte conclusão:

"Até o presente, o princípio da proporcionalidade não foi reconhecido no sistema francês; não tem sido afirmado como tal nem na jurisprudência, nem na doutrina – mas isso não quer dizer que ele não

77. Felix Ermacora, ob. cit., p. 71.
78. Hans Huber, ob. cit., pp. 2/3.
79. Giovanni Maria Ubertazzi, "Le principe de proportionnalité en Droit Italien", in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Europäischen Rechtsordnungen*, ob. cit., p. 80.
80. Hans Huber, ob. cit., p. 2.

desempenha nenhum papel. O termo 'proporção' há sido empregado reiteradas vezes nos arestos do Conselho de Estado, nas conclusões dos delegados de governo e nos comentários da doutrina. E mesmo quando não aparece expressamente, a idéia se acha subjacente. O juiz administrativo tem, em suma, aplicado o princípio da proporcionalidade sem saber que o faz ou mais exatamente sem dizer. Chegou talvez o momento de proceder a um balanço dessas soluções jurisprudenciais, explicitá-las e classificá-las: o controle jurisdicional sobre a proporcionalidade das decisões aos fatos e aos fins é, conforme o caso, reforçado, restrito ou inexistente."[81]

O apelo de Braibant a um estudo metódico dos resultados obtidos no ordenamento jurídico francês pelo princípio da proporcionalidade parece haver sido atendido por Xavier Philippe, autor de uma extensa e profunda monografia sobre o tema, estampada em Aix-Marseille, em 1990, e onde examina ele as fontes doutrinárias e normativas, mostrando a penetração do princípio enquanto forma de controle na obra de insignes Mestres do Direito Administrativo e Constitucional. Tais Mestres são: C. Eisenmann, L. Dubois, Bockel, M. Guibal, J. J. Bienvenu, J. Lemasurier, A. de Laubadère, G. Vedel, P. Devolve, R. Chapus, J. M. Auby e R. Drago, cuja heterogeneidade de posições assinala e analisa, para mostrar ao mesmo passo até que ponto contribuíram, em bases sólidas, a um eventual desenvolvimento do controle de proporcionalidade em todo o sistema normativo francês.

No campo da jurisdição administrativa destacou Xavier Philippe quatro personalidades que teriam "tentado uma explicação global do recurso que o juiz faz ao conceito de proporcionalidade", a saber, R. Latournerie, G. Braibant, J.P. Costa e J. Kahn.

Em suma, a conclusão de Xavier Philippe, em seu admirável estudo sobre o controle da proporcionalidade, é o reconhecimento da existência implícita do mesmo, desde muito na jurisprudência administrativa, e de sua progressiva instalação na jurisprudência constitucional.

O princípio da proporcionalidade na Itália até o advento da Comunidade Européia era em grande parte desconhecido da doutrina e da jurisprudência, pelo menos debaixo daquela designação.

Mas nem por isso deixava de existir oculto sob conceitos afins utilizados para estabelecer a relação entre os meios empregados e os fins desejados, tais como, entre outros, a proporção, o equilíbrio, a harmonia

81. Guy Braibant, "Le principe de proportionnalité", in *Mélanges a Marcel Waline*, Paris, 1974, pp. 298/299.

e a racionalidade, que ofereciam "os critérios para julgar um ato dos poderes públicos".[82]

Alude Ubertazzi a uma análise do professor Sandulli, ex-Presidente da Corte Constitucional, que veio demonstrar que só de passagem a falta de proporção se registrava "como um dos possíveis vícios capazes de afetar a lei ordinária", o mesmo valendo para a jurisprudência do Conselho de Estado, sendo meios anulatórios mais freqüentes para fundamentar as alegações judiciais os conceitos de "desvio de poder" ou "excesso de poder", ambos decerto inspirados pelo princípio da proporcionalidade.[83]

Os juristas italianos recebendo sem dúvida a influência alemã já fazem menção, segundo constata Hans Huber, dos elementos parciais constitutivos do princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, falam em "necessità del provvedimento" (*Erforderlichkeit der Massnahme*), "idoneità del provvedimento" (*Geeignetheit*) e "proporzionalità" (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*),[84] o que daria razão a Ubertazzi para averiguar que "debaixo da cobertura de uma terminologia e de técnicas diferentes, não deixa de manifestar-se a proporção entre os fins procurados e os meios empregados".[85]

No entanto, a importância fundamental que o princípio da proporcionalidade poderá assumir para a ordem jurídica italiana é alicerçada em duas razões altamente ponderáveis e persuasivas, enunciadas por Ubertazzi durante o congresso de juristas franco-alemães de Estrasburgo em 1982: a decisão do Conselho de Estado de 21 de março de 1972 de colocar a regra de proporcionalidade no mesmo grau do princípio da igualdade e, a seguir, o caráter de aplicabilidade imediato que decorre para esse princípio, da Convenção de Roma, ratificada pela República italiana, apesar de tratar-se ainda de um direito não escrito.[86]

Em suma, procede a seguinte conclusão de uma análise de Xavier Philippe, vazada nestes termos: "Definitivamente, a proporcionalidade está longe de ser um conceito inexistente no direito italiano, mas padece de uma falta de homogeneidade em sua definição. Suas aplicações diretas ou indiretas lhe restituem uma certa coerência, mas se assiste na maior parte dos casos a uma manifestação tácita do conceito. Esta situação é particularmente interessante de assinalar porquanto tem analogia com

82. G. M. Ubertazzi, ob. cit., p. 81.
83. G. M. Ubertazzi, ob. cit., p. 80.
84. Hans Huber, ob. cit., p. 3.
85. G. M. Ubertazzi, ob. cit., p. 80.
86. G. M. Ubertazzi, ob. cit., p. 81.

aquela que existe na França. Há um modo implícito de recorrer à proporcionalidade que é comum às jurisprudências dos dois países (...). A proporcionalidade é na Itália uma realidade oculta".[87]

Dos países europeus, a Espanha oferece o exemplo mais recente de elevação do princípio da proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito.

O Tribunal Constitucional anulou ali várias decisões judiciais e administrativas por violação desse princípio, havendo assim tendência manifesta, anotada por Xavier Philippe e Ernesto Pedraz Penalva, de fazê-lo passar "de um conceito de aplicação esporádica a um verdadeiro meio de controle", em ordem a adquirir "o caráter de generalidade que não possuía".[88]

O Tribunal Constitucional espanhol deu aquele importantíssimo passo em relação ao princípio da proporcionalidade numa decisão histórica tomada em 15 de outubro de 1982, contribuindo assim para trasladá-lo da esfera da jurisdição administrativa para o campo da jurisdição constitucional.

No meio acadêmico da Espanha o interesse ao redor do princípio da proporcionalidade tem crescido bastante, conforme se infere por exemplo de duas teses de doutoramento sobre a matéria, aparecidas desde 1989. É o que informa Ernesto Pedraz Penalva na Introdução ao seu *Constitución, Jurisdición y Poder*, onde afirma também que o "princípio da proporcionalidade pode ser considerado como um desses elementos-chaves na progressiva construção e aprofundamento dos conteúdos jurídicos fundamentais".[89]

7. *O princípio da proporcionalidade e as normas de aplicação de direitos fundamentais*

Dentre os estudos mais profundos consagrados ao princípio da proporcionalidade avulta, em primeiro lugar, a contribuição clássica de Lerche, cuja originalidade reside sobretudo em haver reconhecido a esse princípio uma eficácia distinta toda vez que ele atua na esfera dos direitos fundamentais; constatação aliás impugnada por Gentz, mas validada e aceita, segundo Grabitz, pelo Tribunal Constitucional alemão.[90]

87. Xavier Philippe, ob. cit., p. 50.
88. Xavier Philippe, ob. cit., p. 51.
89. E. P. Penalva, ob. cit., p. 7.
90. E. Grabitz, ob. cit., p. 586.

Com efeito, Lerche, sustentando uma posição dogmática, constrói verdadeira teoria das normas de aplicação de direitos fundamentais.

Parte das formas típicas e diferenciadas que as limitações a tais direitos, operadas pelo legislador, costumam ostentar.[91]

Distingue, portanto, cinco categorias de normas: normas interventivas, normas elucidativas, normas caracterizadoras de direitos fundamentais, normas impeditivas de abuso e normas de solução de conflitos.

As normas interventivas (*eingreifende Normen*) são "aquelas que com base numa habilitação jurídico-constitucional interferem na delimitada esfera de eficácia de um direito fundamental, provido de substantividade e volvido para um determinado fim".[92]

As normas elucidativas são simplesmente aquelas que se circunscrevem a esclarecer limites já traçados aos direitos fundamentais.[93]

As normas caracterizadoras de direitos fundamentais são aquelas que primeiro estabelecem os conteúdos dos direitos fundamentais e com isso os seus limites.[94]

As normas impeditivas de abusos têm por finalidade remeter alguém aos limites de seu direito.[95]

As normas de solução de conflitos (*Konkurrenzlösend Normen*), como o próprio nome está a indicar, servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram ainda resolvidos pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos. Assim, por exemplo, quando o legislador reclama autorização para baixar normas interventivas de direitos fundamentais ou normas caracterizadoras desses direitos (*grundrechtsträgender Normen*).

A teoria de Lerche estabelece um importante pressuposto: faz-se mister distinguir os direitos fundamentais cujo conteúdo a própria Constituição determina, daqueles direitos fundamentais cujo substrato é até certo ponto determinado primeiro pelo legislador.

Expondo a teoria daquele publicista, Grabitz declara que uma "intervenção" somente é possível nos direitos fundamentais da primeira categoria.[96]

91. E. Grabitz, ob. cit., p. 586.
92. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Erfordelichkeit*, p. 106.
93. P. Lerche, ob. cit., p. 106.
94. P. Lerche, ob. cit., p. 106.
95. P. Lerche, ob. cit., p. 117.
96. E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, p. 86.

Com respeito às normas de solução de conflitos, Lerche e Grabitz advertem ainda para o fato de que, relativamente ao modo de sua eficácia, elas se podem comparar às normas interventivas, embora aquilo que as eleva a uma categoria ou tipo autônomo seja o seu fim específico, para o qual as normas de intervenção em geral não servem: a solução dos conflitos de direitos fundamentais.[97]

Com relação ao princípio da proporcionalidade, Lerche assevera que sua eficácia só se nega para aquelas normas que não "limitam" direitos fundamentais, senão que os aperfeiçoam ou simplesmente lhes desenham os limites já existentes e com isto os elucidam.[98] Já Gentz toma posição diametralmente oposta e, pretendendo escorar-se na própria judicatura da Corte Constitucional alemã, chega a essa conclusão diferente: o princípio da proporcionalidade tem "eficácia geral" (*allgemeine Geltung*) para todas "as limitações de direitos fundamentais".[99]

8. *O Legislativo e o Judiciário em face do princípio da proporcionalidade: da constitucionalidade formal à constitucionalidade material*

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio.

Daqui resulta o temor da instauração de um eventual "Estado de juízes", caso o remédio limitador seja utilizado de modo a cercear ou comprimir a ação do poder constitucionalmente legítimo para levar a cabo a tarefa de elaboração das leis.

Com efeito, há um autor alemão, Hans Schneider, o qual, apesar das críticas que recebeu, milita entre aqueles que entendem que não se deve circunscrever a liberdade criativa do legislador fora dos limites traçados à esfera discricionária da autoridade administrativa.[100]

97. P. Lerche, ob. cit., p. 131 e E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, ob. cit., p. 87.
98. E. Grabitz, ob. cit., p. 589.
99. M. Gentz, ob. cit., p. 1.601.
100. Hans Schneider, ob. cit., p. 397.

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político. Foi isto o que levou Schneider a assinalar a extrema raridade e delicadeza com que os tribunais hão de declarar a invalidade objetiva dos fins de um ato legislativo, estabelecendo primeiro se a medida é ou não apropriada ao respectivo fim.[101]

O núcleo, isto é, a substância da criação da lei pelo legislador não pode ser removido por obra de um tribunal – adverte Huber – visto que se tal acontecesse já estaríamos realmente assistindo a uma passagem para o "Estado-juiz".[102]

O que importa, por conseguinte, segundo o eminente jurista, é que a função do legislador não seja avocada pelo tribunal constitucional quando este examina se o legislador se manteve ou não dentro nos limites que lhe foram traçados pela Constituição.[103]

Aquela comparação de Schneider, do legislador com a autoridade administrativa, foi todavia repulsada por Huber como inadmissível; entende ele que na concepção do princípio da proporcionalidade há-de preponderar sempre o elemento jurídico-estatal da liberdade. Propôs para tanto a consagração da tese segundo a qual, durante a formulação de uma lei, a escolha do meio com que se busca chegar a um fim há-de ser fundamentalmente tarefa do legislador.[104]

Mas o princípio da proporcionalidade, sendo de sua natureza, na argumentação de Ress,[105] um princípio geral, seria, do mesmo passo, como todo princípio geral, segundo ele, uma "fórmula vazia" (*eine Leerformel*), que consente ao aplicador do direito toda uma latitude de apreciação sem controle (*einen unkontrollierten Ermessenspeelraum*), donde o mesmo publicista passa a inferir duas conseqüências, capitais: o princípio da proporcionalidade "independe de sua localização hierárquica", e outra, não menos importante, o princípio torna possível a "justiça

101. Hans Scheneider, ob. cit., p. 398.
102. Hans Huber, ob. cit., p. 26.
103. Hans Huber, ob. cit., p. 26.
104. Hans Huber, ob. cit., p. 26.
105. Georg Ress, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht" in *Der Grundsatz der Verhähnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, ob. cit., p. 34.

do caso concreto" (*Einzelfallgerechtigkeit*), rompendo assim com a rigidez das regras legislativas abstratas.[106]

Marco na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, por haver inculcado uma doutrina de constitucionalidade de caráter valorativo ou material, alheia de todo o formalismo clássico e implicitamente limitativa dos poderes tradicionais conferidos e reconhecidos ao legislador, a decisão do caso *Elfes* (Elfes-Urteil) serve de base pelo seu conteúdo a reflexões elucidativas daquela caminhada teórica que desemboca, mais uma vez, na questão sempre tensa e atual dos limites da presença judicial na concretização fática dos conteúdos de substância normativa – produzida pelo legislador e suscetível de provocar, conforme oportunamente veremos, um "duplo controle de proporcionalidade" por ensejo da aplicação do princípio, cujas bases e implicações temos buscado expor em todas as direções.

Com efeito, a sentença a que nos reportamos é desse teor, pertinente a uma fundamentação material da constitucionalidade das leis:

"As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado social."

A sentença prossegue assinalando que a dignidade do homem é o valor mais alto da Constituição. Não pode ser ferido. E que a liberdade espiritual, política e econômica do ser humano também não pode ser alvo de limitações que lhe atinjam o âmago. Dos arts. 1º, 2º e 19 da Lei Fundamental o aresto infere a ocorrência, em proveito do cidadão, de uma esfera existencial privada, colocada sob a proteção do estatuto magno, e reconhecida por círculo inviolável da liberdade humana, que se subtrai à interferência do poder público.

Nessa formulação intrinsecamente liberal, a sentença proclama: "Uma lei que ali interferisse, não poderia ser parte da ordem constitucional, teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional".[107]

Principiava, como se vê, a esboçar-se na teoria constitucional da liberdade um entendimento de constitucionalidade menos atado a aspectos unicamente formais. Com efeito, a mais antiga doutrina de constitucionalidade, em termos continentais, ou não penetrara a prática judicial por ausência de controles efetivos de natureza judiciária, ou, por imperativos políticos e ideológicos, cedia lugar à hegemonia doutro princípio diferente e, do ponto de vista teórico, de configuração mais administrativa do que constitucional – o princípio da *legalidade*.

106. G. Ress, ob. cit., p. 34.
107. Elfes-Urteil, E 6,32.

Quando se passa deste ao princípio da *constitucionalidade* propriamente dita, o que se tem, em verdade, nada mais é do que o mesmo princípio da *legalidade* posto no invólucro formal da Constituição. Preserva-se aí todo o universo material do domínio formulativo outorgado ao legislador, sem limites visíveis. Esse princípio, quer se chame de legalidade, legalidade constitucional ou constitucionalidade formal, significa na essência o império, em termos de máxima eficácia, de uma presunção de legitimidade, coroando todo ato legislativo e concorrendo assim para selar incontrastavelmente a supremacia do poder que faz as leis.

Mas, a seguir, acompanhando a trajetória das Constituições rígidas, o princípio de constitucionalidade formal – um degrau importantíssimo para firmar a ascensão do Poder Judiciário por via de seus mecanismos de controle das leis – evolui, finalmente, para o princípio da constitucionalidade material, um princípio aberto que oxigena as Constituições, logrando, por via das intervenções judiciais de controle, fazê-las mais propínquas da realidade e possibilitando ao mesmo passo o exercício de uma justiça onde o juiz não se prende tão-somente ao teor abstrato das normas ou ao sentido formalista que elas comportam. Todo um âmbito normativo transcende já o mero texto da lei para inserir-se na realidade do "caso concreto" e a partir daí, por inteiro, na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.

Volvendo ao princípio da proporcionalidade, é de assinalar a tese de um jurista alemão – Grabitz – segundo a qual existe uma conexão entre a eficácia do princípio (*Übermassverbot* na sua terminologia) e a competência do legislador no que tange à capacidade que este tem para determinar ele mesmo os fins de sua atividade legislativa em matéria de direitos fundamentais.[108]

Adianta o mesmo publicista, logo a seguir, uma conclusão vazada nesta fórmula: quanto mais livre o legislador para estabelecer o fim de sua produção normativa, tanto mais fraca a eficácia do princípio da proporcionalidade (*je freier der Gesetzgeber ist, den Zweck seiner Normsetzung zu bestimmen, desto schwächer wirkt das Übermassverbot*).

108. E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, ob. cit., p. 95.

A eficácia do princípio da proporcionalidade no campo dos direitos fundamentais fica desse modo condicionada, conforme sustenta o sobredito autor, à extensão da liberdade de edificar que a Constituição concede ao legislador na determinação do fim de suas medidas.[109]

O advento da teoria material da Constituição e os novos métodos interpretativos daí procedentes trouxeram substanciais progressos em relação à hermenêutica clássica mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios e dos valores. A partir desse avanço, a proteção processual das liberdades tem sido cada vez mais aperfeiçoada nos sistemas constitucionais.

Finalmente, com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais.

Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.

Semelhante redução de espaço evidencia a abertura de uma fase de maior concretude na aplicação dos direitos fundamentais com o enriquecimento das posições judiciais, com a formulação crescente de novas garantias tutelares da liberdade humana por via de prestações jurisdicionais, com o aperfeiçoamento simultâneo dos mecanismos processuais cujo exercício fica também vinculado à normatividade dos valores e princípios que compõem a essência do Estado de Direito.

A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.

109. E. Grabitz, ob. cit., p. 96.

Enfim, só a Constituição liberta; unicamente ela devolve à cidadania a crença e a confiança na legitimidade do poder e das leis. E aqui cabe dizer com Ernesto Pedraz Penalva, processualista de Valadolid, que "a velha idéia do século XIX de proteção da liberdade pela lei tende a ser substituída pela necessidade da proteção das liberdades frente à lei", e assim se passou, segundo ele, do princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade.[110] E é por isso, podemos acrescentar numa constatação patente, que o prestígio das Constituições substitui hoje o prestígio dos códigos e o Direito Constitucional ocupa um lugar de primazia sobre o Direito Civil.

Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.

9. É o princípio da proporcionalidade um princípio de interpretação?

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao "princípio da concordância prática", cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi ju-

110. E. P. Penalva, ob. cit., p. 337.

risprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.

Entende Georg Ress[111] que o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico.

Assinala o mesmo jurista que a correspondente tomada de decisão, relacionada com o caso concreto, se opera mediante um processo de apreciação contido no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), o qual confere aos bens jurídicos conflitantes uma eficácia ótima.[112]

Na medida em que se possa tomar por método interpretativo, o princípio da proporcionalidade tem muito que ver com a tópica, embora os juristas alemães não hajam ainda atentado para esse aspecto.

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a eqüidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

O emprego do critério de proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz, com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador.

Mas em verdade esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada "interpretação conforme a Constituição", de largo uso jurisprudencial nos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, onde também a doutrina já o consagrou por um dos métodos mais eficazes e recomendáveis de solução hermenêutica de conflitos.

Que é a interpretação conforme a Constituição, criada pelos juízes constitucionais da Alemanha? Quem responde é o Tribunal Constitucional da República Federativa alemã nos seguintes termos:

111. G. Ress, ob. cit., pp. 30 a 33.
112. G. Ress, ob. cit., pp. 30/31.

"Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a norma *constitucional*, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição."[113]

Em outras palavras, se houver a possibilidade de uma interpretação que faça transparecer a compatibilização da norma com a lei maior, há-de prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura cabíveis. Noutro aresto, o mesmo Tribunal fez ver que "de duas diferentes interpretações possíveis de uma norma, há-de prevalecer aquela que melhor exprima a opção de valores da Constituição".[114]

Aqui o princípio da proporcionalidade já não é aquela fórmula vazia – tão incriminada por Forsthoff – que punha na mão do aplicador da lei uma esfera incontrolada e incomensurável de livre-arbítrio, possibilitando a justiça específica do caso particular e quebrantando, ao mesmo passo, o rigor das regras abstratas contidas na lei.[115]

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.

O legislador sai, por conseguinte, fortalecido; e esse fortalecimento parte de uma doutrina de juízes concebida no uso jurisprudencial do controle de constitucionalidade. Dela resulta claramente que o princípio de proporcionalidade associado ao critério interpretativo de atos normativos "conforme a Constituição" deixa de ser aquele fantasma subjacente aos temores de Charles Debbasch, volvidos para o perigo de que o sobredito princípio viesse abalar "o equilíbrio constitucional dos poderes" e resvalar para "o governo dos juízes".[116]

113. BVerfGE 19, p. 1 (5).
114. BVferGE 2. S. 266 (282).
115. Veja-se E. Forsthoff, *Der Staat der Industrigeselschaft*, pp. 137 e ss., bem como, do mesmo autor, o *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, v. 1: Allgemeiner Teil, pp. 70 e ss.
116. Charles Debbasch, no prefácio à obra de Xavier Philippe, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, 1990.

10. A crítica ao princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, apesar de sua extraordinária penetração em todos os domínios do Direito, tem sido alvo de pesadas críticas; algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para embargar a difusão, o uso, bem como o prestígio do novo princípio, sobretudo no campo do Direito Constitucional, em matéria de contenção dos poderes do Estado, já na via executiva, já na legislação propriamente dita, tocante, em primeiro lugar, à legitimidade de limites que possam ser traçados ao exercício dos direitos fundamentais.

Em verdade, foi talvez Forsthoff a primeira voz que se levantou contra aquele princípio. Luminar do Direito Administrativo moderno, positivista ferrenho, adversário das doutrinas que cimentaram a teoria material da Constituição fundada sobre pressupostos axiológicos, ontológicos, tópicos e teleológicos, indispensáveis ao reconhecimento da realidade jurídica em todas as suas dimensões possíveis, Forsthoff intentou demonstrar em 1971 que a trasladação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), da esfera do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, importava "mudança qualitativa" (*Qualitätsumschlag*), sendo, ao mesmo passo, inadmissível a sujeição da função legislativa a uma categoria do Direito Administrativo.

De conformidade com a crítica de Forsthoff, a adoção do princípio na ordem constitucional significava um considerável estreitamento da liberdade do legislador para formular leis e exercer assim um poder que lhe é peculiar na organização do Estado.

Admitiu ele a facilidade do emprego do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, nomeadamente no espaço mais reduzido onde se desenrola a atividade policial, a qual com toda a nitidez nos oferece para o estabelecimento da relação meio-fim, de uma parte, o poder de polícia com os meios de que este dispõe, doutra parte o distúrbio da ordem e da segurança pública, que ele busca prevenir, enquanto no Direito Constitucional a posição do legislador é de todo o ponto distinta, porquanto se move num espaço onde suas atribuições, sendo de natureza formulativa, não se delimitam nem se definem com a mesma precisão, produzindo assim respeitante ao emprego daquele princípio a perplexidade da mudança qualitativa dantes referida. O princípio da proporcionalidade faz desse modo "a degradação da legislação – um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional – ao situá-la debaixo das categorias do Direito Administrativo".[117]

117. Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, pp. 240/241.

Mas a crítica de Forsthoff não mereceu aplausos nem teve seguidores de peso, senão que se viu alvo de pesadas objeções: O Tribunal Constitucional alemão rejeitou-a por inteiro e Hans Schneider, um dos mais profundos conhecedores da matéria, assinalou que a transformação de um princípio de Direito Administrativo em princípio de Direito Constitucional não constituía novidade; já acontecera com os princípios da responsabilidade e da certeza (*Bestimmtheitsgebot*).[118] E isto, é óbvio, concluía, sem a presumida degradação, senão com reconhecido fortalecimento do princípio.

Aliás, um fortalecimento tão acentuado que provocou em Eberhard Schmidt o receio de que se venha a converter o princípio numa "ditadura" (*Gewaltherrschaft*); quadro, sem dúvida, deveras diferente daquele descrito por Hirschberg e mencionado por Georg Ress acerca da interrogação que se poderia fazer, em vão, a um jurista de 1980 sobre o princípio da proporcionalidade, ou ainda imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, num exame escolar a candidatos, os quais, quando muito, poderiam associá-lo na memória às preleções de Direito Administrativo, nomeadamente aquelas que versassem o poder de polícia.[119]

Figura Schmidt entre os antagonistas mais ferrenhos à "expansão" daquele princípio. Ex-reitor da Universidade de Heidelberg, esse Mestre do Direito Processual Penal se exprimiu nestes termos:

"O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral".[120]

Não menos pessimista e contundente se revela também Wolfram Zitscher, Presidente do Tribunal do Trabalho, do Estado de Schleswig-Holstein, na Alemanha. Entende ele que com o princípio da proporcionalidade corre-se o risco de ver o Direito dissolvido na "justiça do caso particular", comparando-se essa situação com aquela observada a partir do século IV cujo resultado configurou a decadência e queda da cultura jurídica da baixa latinidade no Império Romano do Ocidente.[121]

118. Hans Schneider, ob. cit., p. 395.

119. L. Hirschberg, ob. cit., p.12.

120. E. Schmidt, "Der Strafprozess Aktuelles und Zeitloses", in *NJW*, pp. 1.737 e ss.

121. G. Ress, ob. cit., p. 34.

Outra crítica veemente ao princípio da proporcionalidade partiu do jurista Hans Huber: advertiu ele para o perigo de um exagero na aplicação dos princípios gerais do direito, o que sempre ocorre, quando utilizado sem o verdadeiro critério de sua compreensão e alcance, sujeitando-se assim a certa perda de substância e até mesmo de veracidade.

A ameaça feita também ao princípio da separação de poderes, principalmente na relação Legislativo-Judiciário, tão delicada em se tratando de aplicação do princípio da proporcionalidade, transparece destas palavras de Huber:

"De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. É aí que eles favorecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e legislador e administrador, conforme se há demonstrado."[122]

Em verdade, chega Huber a antever com a irrupção na ordem jurídica de um princípio tão "global" e ilimitado a ruína dessa ordem, derivada, segundo ele, da dissolução do círculo normativo das regras do direito vigente, ocorrendo igual tendência com respeito à legalidade administrativa. Disso resulta que juízes, mediante apelos a princípios tão vastos, se sintam desobrigados de guardar fidelidade aos mandamentos do direito vigente.[123]

Das reflexões do consagrado jurista – que em muitos pontos aplaude o princípio, reconhecendo, por inteiro, a importância de sua introdução no campo do Direito Constitucional – infere-se todavia a necessidade da prudência no seu emprego. Obviamente para prevenir outras críticas, quais aquelas concentradas, em primeiro lugar, sobre o exagerado uso da proporcionalidade em todos os ramos e esferas do Direito, produzindo o chamado vício da "expansão" (*Ausdehnung*), de que a seguir nos ocuparemos.

Trata-se já de um abuso que converte o princípio numa "fórmula vazia" (*Leerformel*), ao mesmo passo que afrouxa a lei, com grave dano à sua normatividade. Constatam os autores dessa censura uma tendência que se lhes afigura inaceitável de considerar a ordem jurídica demasiadamente a partir de princípios (*eine bedenkliche Neigung zeigt, die Rechtsordnung zu sehr von Grundsätzen her zu betrachten*).[124]

122. Hans Huber, ob. cit., p. 20.
123. Hans Huber, ob. cit., p. 26.
124. L. Hirschberg, ob. cit., p. 252.

Desse ponto de vista comungam também muitos daqueles que buscam transformar o emprego do princípio da proporcionalidade num emprego de norma, ou seja, primeiro lhe concedem o grau de estatuto ou princípio, e a seguir postulam a sua positivação como lei. Com isso intentam pôr abaixo a força do axioma da proporcionalidade enquanto princípio dotado de superioridade normativa com relação às demais regras do sistema.

Há ainda os que procuram colocar-se numa posição intermediária: nem demasiada confiança no princípio, a ponto de não admitir que ele possa criar problemas, nem tampouco um pessimismo extremo, que ofusque a idéia de racionalidade e humanidade à sombra da qual se abriga.[125]

Depois de assinalar que raros conceitos jurídicos receberam durante as últimas décadas tão poderoso impulso quanto o da proporcionalidade, Georg Ress aponta para o suposto risco que seu emprego representa, ao determinar no campo constitucional um certo nivelamento dos direitos fundamentais – porquanto o princípio, em sua eficácia, não se cinge a um direito específico, senão que se estende à esfera conjunta dos direitos fundamentais sobre os quais atua. O risco reside propriamente, segundo ele, em alterar, duma parte, o sistema de garantias desses direitos, doutra parte, as reservas legais de limitação.

A conseqüência final seria portanto o nivelamento dos direitos fundamentais com o princípio servindo a cada caso concreto de decisão sobre tais direitos.[126]

Em grande parte, ao fundamentar esse perigo, Ress se apóia em Schlink e Schwabe cujas ponderações críticas convergem para idêntica conclusão.

Com efeito, Schlink, atento aos arestos da judicatura constitucional alemã, pondera que, sem embargo de haver na Lei Fundamental de Bonn direitos fundamentais diferentemente assegurados, fácil é porém averiguar a formação, por via jurisprudencial, de um "direito geral da liberdade, indiferenciado". De tal sorte que o exame da constitucionalidade de uma medida lesiva àqueles direitos (*die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit einer grundrechtsbeinträchtigenden Massanahme*) se restringe a preservar o mandamento da proporcionalidade, desatado das reservas de limites que hajam sido formuladas.[127]

125. Arthur Wolffers, ob. cit., p. 311.
126. G. Ress, ob. cit., p. 7.
127. B. Schlink, *Abwägung*, ob. cit., pp. 51 e 201 e ss.; ob. cit., p. 8.

A conclusão idêntica também chega Schwabe, apesar de não coincidir com a posição de Schlink relativa à avaliação de interesses e bens jurídicos como elemento essencial do princípio da proporcionalidade, conforme flui da exposição de Ress. Assevera Schwabe por igual haver um nivelamento dos direitos fundamentais provocado pelo uso jurisprudencial da proporcionalidade.[128]

Em rigor, a conseqüência prevista por Schwabe vai mais longe, ou seja, além do nivelamento, ao observar o eventual abandono dos distintos direitos fundamentais em proveito de um "direito fundamental coletivo".[129]

Os dois mencionados autores, segundo Ress, se não fizeram válida a tese do perigo de um nivelamento forçoso ou inevitável, advertiram positivamente para uma tendência já manifesta – obra da jurisprudência – no sentido de converter o princípio da proporcionalidade em critério decisivo do exame das intervenções operadas no domínio dos direitos fundamentais.[130] Só há um meio, pois, segundo Ress, de conjurar semelhante perigo: confinar as exigências de proporcionalidade a cada direito fundamental *insuladamente* e determinar os "limites especiais" (*die besonderen Schranken*) a lhe serem impostos.[131]

A tese do reconhecimento da força niveladora dos direitos fundamentais, desenvolvida por Schlink e Schwabe, conforme decorre inevitavelmente de posições assumidas com respeito ao princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot*), leva-os, segundo observa Rudolf Wendt, a fazer de tal princípio não um limite às limitações dos direitos fundamentais (*Schrankenschranke*) mas um limite aos próprios direitos fundamentais, não importa a compreensão que cada qual haja manifestado acerca do princípio de que se fez menção.[132]

Não passou porém despercebida a Xavier Philippe, um dos juristas que mais aprofundaram o estudo do controle de proporcionalidade na jurisprudência constitucional francesa, a ameaça alojada nesse princípio de provocar o advento de um "governo de juízes", rompendo assim o equilíbrio fundamental dos poderes detentores da soberania na organização do Estado democrático. Com efeito, faz ele menção das críticas erguidas nesse sentido e escreve:

128. Jürgen Schwabe, *Problem der Grundrechtsdogmatik*, e Georg Ress.
129. G. Ress, ob. cit., p. 8.
130. G. Ress, ob. cit., p. 8.
131. G. Ress. ob. cit., p. 9.
132. Rudolf Wendt, *Der Grundsatz der Grundrechte und das Übermassverbot*, AÖR 104, p. 422.

"O conteúdo fluido do princípio o autoriza, segundo seus detratores, a fazê-lo objeto de extensões incontroláveis. A invocação da proporcionalidade intervém como uma fórmula ritual que serviria de álibi à jurisdição que o emprega, para questionar as decisões tomadas pelos diferentes órgãos (Legislativo, Executivo)".[133]

Tocante à crítica segundo a qual a aplicação reiterada do princípio conduziria a "uma redução substancial das liberdades", ou seja, a soluções intermediárias, fazendo-as perder "o essencial de seu conteúdo", o mesmo publicista intervém com o seguinte reparo:

"Esta crítica não é desprovida de todo o fundamento porquanto a aplicação do princípio conduz de necessidade a temperar o caráter absoluto de uma liberdade. Mas ela é excessiva, visto que o confronto e a conciliação das liberdades é uma necessidade para a sua aplicação. A adoção do princípio da proporcionalidade não abala a hierarquia das liberdades; ao contrário, forceja por determinar com precisão o conteúdo concreto, levando em conta a ordem jurídica e as situações ocorridas."[134]

Depois de reconhecer que a noção de proporcionalidade entre fim e meio repousa, em última análise, sobre um postulado de justiça para o caso concreto, sobre o *suum cuique* ou sobre uma diligência para harmonizar direitos antagônicos, Gentz assinala que o freqüente uso do princípio tende todavia a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta, acrescenta, "a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz".[135]

De tudo isso se infere que apesar da força e ímpeto de sua expansão no campo constitucional durante os últimos anos, o princípio da proporcionalidade, como sói acontecer com todos os princípios inovadores, ainda se defronta com obstáculos e resistências doutrinárias, em geral derivadas de quantos alimentam desconfiança sobre sua utilização enquanto instrumento de ampliação concreta das faculdades do juiz, fazendo por conseguinte indistintas as fronteiras que o separam do legislador e ao mesmo passo alterando, por via de conseqüência, o equilíbrio constitucional dos poderes.

133. Xavier Philippe, ob. cit., p. 46.
134. Xavier Philippe, ob. cit., p. 46.
135. M. Gentz, ob. cit., pp. 1.600/1.601.

11. O princípio da proporcionalidade e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.

O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (*caput* do § 1º do art. 45).

A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional:

– Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.

Sendo assim, conforme já demonstramos, um princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade não padece lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional.

A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.[136]

Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau.

A vedação de excessos (*Übermassverbot*), ínsita ao inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, rege a aplicação da norma aí contida, a qual, sendo restritiva, de natureza, não pode – por obra do arbítrio do legislador ordinário – se converter em regra de ação do Poder Público para derrogar princípios constitucionais estabelecidos no *caput* daquele artigo.

136. No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 7ª ed., pp. 81 a 126. Veja-se igualmente Celso Antônio Bandeira de Mello em *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1992, p. 300, onde se lê sobre a violação de um princípio: "É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". Comunga do mesmo ponto de vista Geraldo Ataliba, em *República e Constituição*, 2ª ed.

Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador.

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como "norma jurídica global", flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

Capítulo 13

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1. A interpretação das normas jurídicas: A) A classificação quanto às fontes. B) A classificação quanto aos meios. C) A classificação quanto aos resultados. 2. Os métodos clássicos de interpretação: A) O método lógico-sistemático. B) O método histórico-teleológico. C) O método voluntarista da Teoria Pura do Direito. 3. Subjetivistas e objetivistas na teoria da interpretação: A) Os subjetivistas. B) Os objetivistas. 4. Avaliação dos métodos de interpretação. 5. A Constituição interpretada. 6. A "natureza política" das normas constitucionais. 7. A importância da interpretação clássica da Constituição. 8. A interpretação da Constituição na doutrina americana: A) A doutrina dos poderes implícitos. B) Crítica à doutrina dos poderes implícitos. 9. A moderna interpretação da Constituição. 10. O método integrativo ou científico-espiritual de interpretação da Constituição. 11. O método interpretativo de concretização. 12. Crítica aos modernos métodos de interpretação constitucional.

1. A interpretação das normas jurídicas

Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.[1]

Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.

Busca a interpretação portanto estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito.[2] Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação.[3]

1. Friedrich Karl von Savigny, *Juristische Methodenlehre*, pp. 18/20.

2. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., p. 210.

3. Quando se diz que não há norma jurídica que dispense interpretação, essa afirmativa se acerca deveras daquela que entende que toda aplicação de leis já re-

Por onde se conclui improcedente o aforismo romano "in claris non fit interpretatio". Este, pelo menos, é o parecer de Nawiasky, Carbone e Somlo.[4]

Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: "O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema".[5]

O tratamento didático da interpretação costuma distingui-la quanto às *fontes*, *sujeitos* ou *agentes* de onde procede; quanto aos *meios* que emprega e, finalmente, quanto aos *resultados* que alcança.[6]

A) A classificação quanto às fontes

Tocante às fontes, sujeitos ou agentes, há as seguintes espécies de interpretação: autêntica (do legislador), judiciária (do juiz) e doutrinária (do jurista).

A interpretação autêntica é aquela ministrada pelo legislador mesmo; o órgão legislativo elabora uma segunda norma com o propósito de esclarecer especificamente o significado e o alcance da norma antecedente, havida por obscura ou ambígua.[7]

presenta por si mesma um ato interpretativo. Em se tratando de interpretação constitucional, acha Hesse, porém, contrariando semelhante entendimento, que só se pode falar de interpretação se houver uma questão ou um problema jurídico constitucional a ser respondido. Veja-se Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 4ª ed., p. 7.

4. Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre – System der rechtlichen Grundbegriffe*, p. 133. Depois de asseverar que cabe a interpretação toda vez que se trate de entender o conteúdo de uma norma, afirma Carbone: "O velho aforismo 'in claris non fit interpretatio' é um princípio desprovido de sentido e que só se pode explicar retornando ao período de sua enunciação, no qual, por uma inveterada servidão ao conteúdo literal da norma, se deixava de estender a indagação a um horizonte mais vasto e verdadeiramente compreensivo da própria norma. Doutra parte, não se pode averiguar de imediato se uma norma é ou não clara, porquanto isso já constitui o resultado de um processo de interpretação. Só quando se há completado este, é que se poderá estabelecer se as palavras correspondem claramente ao conteúdo da norma ou se são obscuras" (Carmelo Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, p. 13).

5. Felice Battaglia, *Curso de Filosofia del Derecho*, tradução espanhola, v. II, p. 145.

6. Giancarlo Ospitali, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5ª ed. atualizada, p. 128.

7. G. Ospitali, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, ob. cit., p. 128.

É forma rara de interpretação. Alguns juristas, como Savigny, se recusam a admiti-la. Entendem ordinariamente que a lei interpretativa representa uma nova lei, de todo o ponto distinta daquela preexistente, não havendo portanto como falar nesse caso de interpretação.[8] Há, todavia, os que discrepam desse ponto de vista, com asseverar que a lei de interpretação não cria um novo direito, mas elucida o direito já contido na proposição anterior. Argumentam do mesmo passo que os efeitos da lei interpretativa se manifestam *ex tunc* e não *ex nunc*, a saber, desde a vigência da velha lei e não a partir do ato interpretativo, como ocorreria se este configurasse realmente uma nova lei.

O efeito retroativo, pois, que se reconhece à interpretação não é da lei interpretativa, mas da lei interpretada, da lei velha, que, "autenticamente interpretada no seu preciso significado, vem a desenvolver toda a sua eficácia como se houvesse sido interpretada justamente ao cabo do dia em que entrou em vigor".[9]

A lei interpretativa retroage aos casos ainda pendentes. Não abrange todavia aqueles decididos por sentenças em sentido contrário, antes que a lei de interpretação se tornasse obrigatória, e já passada em julgado.[10]

A interpretação autêntica vincula, enfim, os juízes, sendo de eficácia imperativa *erga omnes*. Há juristas que entendem que a lei interpretativa também está sujeita a interpretação, o que constitui um círculo manifestamente vicioso.

A interpretação judiciária ou jurisprudencial procede dos juízes e tribunais, do *usus fori*, das sentenças e arestos que aplicam a norma jurídica aos casos concretos, sendo tanto mais importante quanto mais alta for a competência da instância donde emana.

A interpretação doutrinária é aquela que deriva da doutrina, dos doutores, dos mestres e teoristas do direito, dos que, mediante obras, pareceres, estudos e ensaios jurídicos intentam precisar, a uma nova luz, o conteúdo e os fins da norma, ou abrir-lhe caminhos de aplicação a situações inéditas ou de todo imprevistas. A autoridade dessa interpretação depende naturalmente do grau de reputação intelectual e da força lógica dos argumentos expendidos pelos seus autores, podendo, aliás, desem-

8. "...denn erklärt der Gesetzgeber als solcher ein Gesetz, so ist dies ein neues Gesetz, dass durch das erst veraniasst wurde ist, von einer Interpretation des ersten ist nicht die Rede" (F. K. von Savigny, ob. cit., p. 18).

9. Alessandro Groppali, *Avviamento allo Studio del Diritto*, p. 180.

10. Alessandro Groppali, ob. cit., p. 180.

penhar indiretamente um relevantíssimo papel na complementação das sobreditas formas interpretativas.[11]

B) A classificação quanto aos meios

Quanto aos meios empregados, a interpretação pode ser gramatical, lógica e analógica.

O método de interpretação gramatical, também conhecido debaixo das designações de interpretação filológica, literal ou léxica, supõe uma análise ou averiguação do teor da lei. Está volvida sobretudo para o significado literal das palavras, que se examinam isoladamente ou no contexto da frase, mediante o emprego de meios gramaticais e etimológicos.

Do critério filológico empregado resulta em primeiro lugar a prevalência do sentido técnico dos vocábulos e a seguir a acepção corrente e usual dos termos. É de assinalar contudo a importância da acepção comum das palavras, partindo-se da verificação de que a norma jurídica não tem por destinatário um restrito círculo de iniciados ou especialistas, senão, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, nem sempre capacitados a compreender terminologias demasiado técnicas.

A consideração gramatical do texto abrange as palavras ainda nas suas possíveis e variadas conexões, de modo a estabelecer-se a concatenação ou congruência dos conceitos expressos no corpo da lei. Cresce de importância essa interpretação em se tratando de um texto de lei em língua estrangeira ou de norma de um só país, vazada em vários idiomas, ou ainda em caso de aplicação de direito forasteiro. O *Corpus Juris Civilis* romano, por exemplo, é adotado em algumas partes da Alemanha; na Suíça os textos em francês, italiano e alemão desfrutam de igual autoridade, podendo eventualmente aparecer dificuldades ou divergências, produzidas por erros e imperfeições nas traduções oficiais, sendo, nesses casos, de valiosíssimo préstimo a interpretação gramatical que serve para remover dúvidas e determinar objetivamente o sentido da lei.

A interpretação gramatical, segundo von Jhering, assenta no princípio que reconhece por legislado e pretendido tão-somente o que se disse no texto da lei, de modo direto e expresso.[12] O que não consta das palavras, segundo aquele jurista, é como se não existisse: deixa de ser objeto de consideração.[13] De sorte que o intérprete se prende apenas à manifestação externa, ao que de modo imediato se apresenta no teor da lei.

11. Alessandro Groppali, ob. cit., p. 181.
12. Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, p. 442.
13. Ob. cit., pp. 446 e 450.

À primeira vista, isso induz uma vantagem de simplicidade, facilidade e maior segurança desse método. Mas vantagem tão-somente enganosa, segundo o Mestre alemão, porquanto a palavra, em face do pensamento, ora se mostra demasiado larga, ora demasiado apertada, fazendo assim que aquela segurança sirva tanto ao erro como à verdade.[14]

Historicamente, a interpretação gramatical – a soberania da palavra: "no começo era o verbo" – precede a interpretação lógica e domina a velha jurisprudência. Caracteriza, segundo von Jhering, uma certa imaturidade na evolução espiritual.[15] Era então da essência desse método uma servidão absoluta à letra da lei. E toda indagação circunscrita unicamente à letra da lei, é, como disse abalizado jurista italiano, atividade que não pode dar resultado algum.[16]

A interpretação lógica é aquela que, sobre examinar a lei em conexidade com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a *ratio* ou *mens* do legislador.[17] Busca portanto reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei.

O elemento lógico, que serve de meio interpretativo, é sintetizado por um abalizado jurista na locução "intenção do legislador", considerada por ele como entidade objetiva e não como algo subjetivo.[18] Essa "intenção do legislador", vale a pena assinalar, não é a subjetivação de quem propôs a lei, de quem a relatou ou de quem participou dos debates e votação. A *ratio* ou *mens* é "aquela que se insere e se objetiva na norma".[19]

14. Ob. cit., p. 448.
15. Ob. cit., p. 441.
16. Veja-se C. Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, p. 31. Reconhece esse jurista haver indubitavelmente na interpretação da norma jurídica uma indagação literal, a qual todavia não basta para exprimir o conteúdo da norma. O acesso a esse conteúdo só se dará, segundo ele, quando o significado literal das expressões contidas em uma norma escrita for submetido a uma inquirição lógica (ob. cit., pp. 31-32).
17. Adolf Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, p. 166.
18. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 5ª ed., p. 112.
19. Aldo Bozzi, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, p. 251. Tocante ao problema de fixação do sentido e valor que se deve conferir à intenção do legislador, a doutrina da interpretação lógica se reparte em três posições básicas, excelentemente compendiadas por Groppali: a da escola dogmático-jurídica, a da escola da livre investigação do direito e a da escola histórico-evolutiva, esta última merecedora da preferência do insigne jurista italiano (Groppali, ob. cit., p. 182).

A interpretação lógica, Nawiasky a reduz a duas interrogações básicas: Que quis alcançar o legislador? Que se pretendeu modificar com respeito à situação jurídica antecedente?

A primeira indagação é respondida estabelecendo-se a conexão da lei com as demais leis, e a seguir com os subsídios históricos de sua elaboração: a fundamentação do projeto, os debates, as publicações oficiais – antes, durante e após a iniciativa –, as discussões pela imprensa, rádio e televisão, o estado da legislação e sua interpretação na época, bem como o motivo da lei, ou seja, a *occasio legis*.[20]

Quanto à segunda, a resposta se acha contida na determinação do fim da lei, interpretada teleologicamente; portanto, na *ratio legis*.[21] O método lógico tem por conseguinte prolongamentos históricos e teleológicos. O seu primeiro momento, porém, cumpre não perder de vista, é o de toda interpretação, ou seja, aquele dirigido "a entender o conteúdo da norma através do exame lógico das palavras ou dos comportamentos".[22]

Vejamos a seguir a chamada interpretação analógica. Em rigor não há interpretação analógica, mas um processo de integração por analogia. Tudo está contido no sistema jurídico. Somente graças a essa unidade é que se permite falar em interpretação analógica, visto que o aplicador da lei, tendo recurso à analogia, em verdade não cria um novo direito nem se coloca na posição de legislador, mas tão-somente cumpre a tarefa de

A primeira, ou seja, a escola dogmático-jurídica entende que a intenção ou vontade do legislador resulta dos trabalhos preparatórios, das exposições de motivos ou justificações, dos relatórios e debates parlamentares na fase que precede a adoção da lei. Todos esses elementos avultam de importância, segundo essa corrente, quando se pretende determinar a *mens legis*. Mas o reconhecimento desta nem por isso esclarece satisfatoriamente qual seria a vontade do legislador trasladada para a solução de fatos, problemas e situações supervenientes, imprevisíveis ou desconhecidas, conforme ponderou aquele jurista (Groppalli, ob. cit., p. 182).

A segunda – a escola da livre investigação do direito – com abrir ao intérprete uma larga esfera de liberdade, que lhe consente "deduzir o direito da consciência jurídica popular, através da própria consciência", abala a certeza e a uniformidade presentes nos alicerces do Estado de Direito.

A terceira, que é a escola histórico-evolutiva, toma finalmente a lei como se fora dotada de vida própria ou autônoma, e uma vez elaborada, segue ela uma trajetória independente, amoldando-se às novas condições, imperativos e necessidades da vida social. A posição dessa escola se resume nisso: "a vontade da lei é o que ela exprime objetivamente e não o que quis exprimir subjetivamente o legislador".

20. Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre – System der rechtlichen Grundbegriffe*, ob. cit., p. 135.

21. Hans Nawiasky, ob. cit., p. 135.

22. C. Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, ob. cit., p. 32.

descobrir ou explicitar um direito latente, que já existe no interior do sistema.[23] A teoria da analogia, segundo Nawiasky, é apenas um método de preenchimento de lacunas.[24]

Com efeito, uma controvérsia demanda solução; em faltando, porém, a norma precisa que regule a espécie contemplada, o intérprete vale-se da disposição contida numa regra legal aplicável a casos semelhantes ou matérias análogas e por essa via opera e confirma a máxima da coesão e unidade lógica do sistema jurídico (*logische Geschlossenheit des Rechtes*).

A interpretação propriamente dita transcorre num quadro mais restrito ou limitado – *secundum legem* – de modo que aquilo que não puder ser extraído da lei considera-se como não legislado. Mas o intérprete tem saltado além destes limites, para uma interpretação analógica (*praeter legem*) e livre (eventualmente *contra legem*).

A verdadeira interpretação para alguns é no entanto aquela que se contém nos limites da lei (*secundum legem*). Quando passa porém da lei e invoca institutos afins, já não seria em rigor interpretação senão analogia (*praeter legem*). Se, enfim, conclui em sentido contrário à lei, é *criação* jurídica, com o intérprete se arvorando tacitamente em substituto do legislador ao desempenhar, como usurpador, funções de manifesto teor legislativo, que lhe não foram cometidas, e só por um abuso ou excesso de linguagem se poderia ainda nesse caso falar de interpretação. Como assinalamos, ao invés do intérprete, teríamos então a presença do legislador. Há contudo juristas que entendem, como Burckhardt, que todo intérprete legisla, o que não procede, conforme veremos.

A interpretação analógica distingue-se da interpretação extensiva, posto que com ela mantenha estreitos pontos de contacto. A primeira patenteia sempre uma lacuna, uma ausência de norma expressa, de modo que ao intérprete se faculta buscar "um novo direito" com apoio na identidade de fundamento. Já na interpretação extensiva existe a norma, que embora deficiente ou imperfeita, contém uma disposição aplicável.[25]

Pressuposto de aplicação do chamado método analógico é a afinidade ou semelhança de fatos sobre os quais recai a norma bem como a identidade de razão. Parte o intérprete da presunção de que o legislador, se houvesse previsto a hipótese teria dado ao caso a mesma solução ou regulado a matéria de forma idêntica ("ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio").

23. Hans Nawiasky, ob. cit., p. 147.

24. Hans Nawiasky, ob. cit., p. 146.

25. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, I, § 38, p. 86.

Considerando o grau de generalização, costumam os juristas distinguir a *analogia legis* da *analogia juris*. Na primeira, vale-se o jurista de uma lei ou complexo de leis, à míngua de regulamentação expressa para casos semelhantes ou matérias análogas; na segunda, alarga ele a generalização no processo interpretativo, recorrendo a um complexo de normas ou a uma norma extraída dos princípios gerais do direito, mas conservando-se sempre no interior do ordenamento jurídico positivo.[26] Da analogia se valeu a teoria clássica da interpretação para mostrar que não há lacunas no Direito, mas unicamente na lei.[27]

C) A classificação quanto aos resultados

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser declarativa, extensiva e restritiva.

Ocorre a interpretação declarativa quando na reconstrução do pensamento pelo intérprete coincide a interpretação gramatical com a interpretação lógica, isto é, a letra da lei corresponde ao sentido que lhe é atribuído pela razão ("cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio").

Dá-se a interpretação extensiva ("lex minus scripsit quam voluit") quando a lei abrange mais casos que aqueles que ela taxativamente contempla, isto é, o teor da lei é objeto de alargamento e retificação, até coincidir com a vontade que o legislador quis exprimir.

Finalmente, temos a interpretação restritiva ("lex plus scripsit quam voluit"), verificada na hipótese contrária, ou seja, quando se restringe o alcance da norma, de modo que a lei diz mais do que pretendeu o legislador.

Cumpre observar que a interpretação extensiva e a interpretação restritiva, conforme assinala Nawiasky, não contêm nenhuma regra interpretativa, sendo ambas apenas de natureza corretiva ou retificadora do texto da norma jurídica.[28]

26. "Essas normas estão *latentes* no fundo da legislação, e a analogia, só vai *explicitá-las*, captando-as e pondo-as a descoberto." É o que escreve o Professor Manuel A. D. de Andrade, da Faculdade de Direito de Coimbra, no Prefácio à tradução portuguesa da *Interpretação e Aplicação das Leis*, de Francisco Ferreira, 2ª ed., p. LXXI.

27. M. A. D. Andrade, ob. cit., p. LXXII.

28. Hans Nawiasky, ob. cit., p. 135.

2. *Os métodos clássicos de interpretação*

Dos métodos tradicionais de interpretação brotaram métodos modernos, como o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e o da escola pura do direito, volvidos todos primeiro para o *espírito* do que para a *letra* das leis.

A) O método lógico-sistemático

A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na *ratio*; ambas entraram assim a compor a categoria hermenêutica denominada lógico-formal.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.

É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, "a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos",[29] até alcançar "o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente".

É possível assim com o emprego dos elementos lógicos disponíveis e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação.[30]

Graças a esse método, que assenta objetivamente sobre relações ou interconexões de normas, pôde a hermenêutica jurídica extrair diversas regras ou cânones interpretativos fundados em argumentos lógicos (*a fortiori*, *a contrario*, *sedes materiae* e *ab absurdo*), cujo emprego é freqüente da parte de quantos abraçam na interpretação das leis o critério lógico-sistemático.

29. "...der innere Zusammenhang der Vorschrift, der Ort, an dem sie steht, und ihr Verhältnis zu anderen Bestimmungen", Enneccerus, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, v. I, p. 56.

30. Claude du Pasquier, *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, 3ª ed., p. 187.

B) O método histórico-teleológico

Tocante ao método histórico-teleológico, é de ponderar em primeiro lugar que ele pressupõe um raciocínio que, tendo colocado já a proposição normativa no conjunto da ordem jurídica em relação com outras normas, busca lograr por essa via determinados fins de natureza integrativa, idôneos a esclarecer o sentido e alcance da regra. Em outras palavras: é possível, em determinados casos, passar do método lógico sistemático ao método histórico-teleológico, sem quebra de continuidade.

Por um de seus elementos – o histórico – o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, como diz Burckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*.[31]

Seu emprego insulado serviria ao historiador, não ao jurista; esclareceria negócios jurídicos, não leis. Daqui a necessidade de associá-lo ou vinculá-lo intimamente ao elemento teleológico, que indaga acerca do fim especial da norma, que só se alcança talvez mediante aquele mergulho preconizado por Windscheid, ou seja, quando o intérprete, "debaixo da consideração de todos os momentos acessíveis, se imagina da forma mais plena possível na alma do legislador" ("sich unter Beachtung aller erreichbaren Moment möglichst vollständing in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken").

Os fins que o intérprete intenta determinar, mediante o critério teleológico, tanto se acham *fora* como *dentro* das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade desse método estabelecer a vinculação histórica, a que já nos reportamos, visto que esta consente uma captação mais precisa do sentido da norma. A conexão histórico-teleológica prosperou consideravelmente na moderna hermenêutica jurídica, sobretudo em conseqüência de seu emprego pelos juristas da chamada escola da jurisprudência de interesses.

Esse método em alguns juristas modernos e contemporâneos costuma aparecer também debaixo da designação de *interpretação evolutiva* ou *progressiva*, com que se consubstancia ou caracteriza "uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanação da própria norma."[32] A semelhante método,

31. Walther Burckhardt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2ª ed., p. 218.

32. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, p. 119.

nega-lhe Santi Romano o caráter de verdadeira e própria interpretação, porquanto insere um ato de vontade do intérprete (a vontade do juiz por exemplo que se substitui à vontade do legislador ou da lei), não se restringindo pois a um ato de razão, a uma operação intelectiva, ou seja, na linguagem desse jurista, a "uma simples cognição do direito vigente, como é peculiar a toda interpretação genuína".[33]

Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei. Carbone e Giannini ponderam todavia que a lei já se modificara por si mesma, em razão de sua inserção no sistema de outras leis.[34]

C) O método voluntarista da Teoria Pura do Direito

Dentre as modernas contribuições oferecidas no campo da hermenêutica jurídica avulta como das mais relevantes e significativas a dos juristas da Teoria Pura do Direito, capitaneados por Hans Kelsen.

Durante muito tempo a Escola de Viena parece haver hesitado em tomar posição diante da controvérsia metodológica na hermenêutica jurídica. É verdade que há uma contribuição precursora e importantíssima de Merkl, que data de 1916, e que parece constituir, ainda agora, ao lado do artigo de Kelsen, estampado 28 anos depois no periódico internacional de teoria do Direito, a parte mais expressiva do pensamento da Escola concernente à interpretação do Direito.[35] O artigo de Kelsen apareceu também reproduzido no mesmo ano de 1934, quase sem modificações, na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, até padecer um alargamento na segunda edição dessa obra, publicada em Viena em 1960.

Só então Kelsen, como observa um jurista austríaco, ostensivamente se mostra disposto a ministrar uma teoria da interpretação,[36] pretendendo talvez marcar de forma precisa sua posição autônoma e originalíssima no debate sobre a metodologia da interpretação jurídica.

33. Santi Romano, *Frammenti*, cit., p. 119.

34. C. Carbone, *L'interpretazione delle Norme Constituzionali*, ob. cit., p. 15 e Giannini, *L'interpretazione dell'Atto Amministrativo* e *La Teoria Generale dell'Interpretazione*, p. 132.

35. O artigo se intitula "Zum Interpretations Problem", tendo aparecido em 1916 no *Zeitschrift für das Privat– und öffentliche Recht der Gegenwart*, n. 42, publicação fundada por Gruenhut. O trabalho de Kelsen foi publicado no n. 8 do *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, em 1934, sob o título *Zur Theorie der Interpretation*.

36. Heinz Schaeffer, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, p. 9.

Esse traço de originalidade, conforme veremos, flui incontrastavelmente da posição de Kelsen, quando ele entende que a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo, um *Sinngebung*), e não um ato de cognição (um ato intelectivo, um *Sinnverständnis*), de sorte que na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger um de seus possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência, ou seja, pesa mais sobre a escolha a primeira do que a segunda.[37]

Baseado numa construção gradual da ordem jurídica, Kelsen extrai daí importantes conseqüências para o problema da interpretação. Entende a interpretação como um procedimento espiritual que acompanha o processo de produção do direito em seu curso, desde o grau mais alto ao grau mais baixo, processo em que o grau inferior aparece sempre condicionado ou determinado pelo grau superior na escala da hierarquia normativa.[38]

No caso ordinário de interpretação da lei, a questão que demanda solução é a de tirar da norma geral da lei, aplicada a fatos concretos, a correspondente norma individual de uma decisão judiciária ou de um ato administrativo. Mas acrescenta ele existir também interpretação da Constituição na medida em que se faz mister aplicar a Constituição, isto é, em que urge aplicá-la com relação a um grau ou esfera mais baixo.[39] Do mesmo passo, há por igual a interpretação de normas individuais, decisões judiciárias, ordens administrativas, negócios jurídicos, em suma, interpretação de todas as normas, conforme venham a ser aplicadas, isto é, conforme o processo de criação e aplicação do direito, que nos conduzirá da norma antecedente à norma subseqüente.[40]

Assinala a seguir a relativa incerteza ou indeterminação que caracteriza o grau jurídico inferior em sua relação com o grau jurídico superior.

A relação por exemplo estabelecida entre a Constituição e a lei é relação dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta, ensina o Mestre de Viena, regula o ato, mediante o qual se produz a norma inferior, e não só define o procedimento de produção da norma mais baixa senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida.[41]

37. Heinz Schaeffer, ob. cit., p. 10.
38. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 90.
39. Idem, ibidem, p. 90.
40. Idem, ibidem, p. 90.
41. Idem, ibidem, p. 91.

Mas essa definição ou determinação nunca é completa, porquanto, prossegue o jurista, a norma mais alta jamais pode vincular em todas as direções o ato mediante o qual ela se aplica. Fica sempre um espaço livre a preencher-se, um espaço maior ou menor de apreciação ou avaliação autônoma. E o exemplo com que ilustra esse raciocínio é lapidar: o órgão A determina ao órgão B que o súdito C seja preso. Caberá ao órgão B, por livre-arbítrio, determinar as condições de execução da ordem de prisão, onde e como levá-la a cabo, decisões naturalmente sujeitas a circunstâncias extrínsecas que o órgão decisório não previu nem tampouco em larga parte poderia prever.[42]

Disso advém – expõe ainda o chefe da escola normativista – que todo ato jurídico, seja de produção do direito, seja de mera execução, no qual se aplique uma norma, será apenas em parte determinado ou regulado por essa norma, ficando a outra parte por determinar-se ou definir-se: Assevera que a indefinição da norma inferior tanto poderá ser intencional como despreconcebida ou involuntária.

A norma é para Kelsen um quadro ou moldura no qual várias possibilidades de execução se oferecem, quer se trate de indeterminação proposital, quer de indeterminação involuntária.

A norma aplicável sempre constitui em qualquer caso uma moldura dentro na qual se admitem distintas possibilidades de execução, de modo que se compadece com a norma todo ato contido nesse quadro, e que nele preencha um sentido possível.[43]

Assevera Kelsen: "Caso se compreenda por 'interpretação' a averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do quadro que a norma, objeto de interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro".[44] A interpretação de uma lei, prossegue Kelsen, não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar, são de igual valia, posto que apenas uma, no ato da decisão judicial, venha a positivar-se.[45]

Refere ainda Kelsen a distinção entre seu método e as demais teorias interpretativas. Com efeito, a jurisprudência clássica e a teoria mais comum da interpretação ordinariamente buscavam inculcar que a lei apli-

42. Idem, ibidem, p. 91.
43. Idem, ibidem, p. 94.
44. Idem, ibidem, p. 94
45. Idem, ibidem, p. 95.

cada ao caso concreto somente pode fornecer uma única decisão certa e que a "certeza" dessa decisão se fundamentava na lei mesma.[46] Afirma então o normativista de Viena que nessa interpretação clássica, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, como se o intérprete empregasse tão-somente os poderes da razão e dispensasse o exercício de sua vontade, ao extrair, por via intelectual pura, de um quadro de múltiplas possibilidades, aquela única que no direito positivo corresponderia à escolha certa.[47]

A necessidade de uma "Interpretação", segundo Kelsen, deriva justamente do fato de que a norma ou o conjunto de normas a se aplicarem deixam abertas várias possibilidades de aplicação, o que equivale a reconhecer, segundo ele, que a norma não contém nenhuma decisão referente a maior importância valorativa dos interesses em jogo, cabendo antes ao ato estabelecedor da produção normativa – a decisão judiciária, por exemplo – decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente.[48]

Admitindo-se no quadro da norma aquelas várias possibilidades de aplicação, aqueles vários conteúdos potenciais, Kelsen, ao deparar-se-lhe o problema de saber qual dentre eles representa a solução "correta", diz que não se trata de um problema de teoria do Direito mas tão-somente de política jurídica. E ao versar a vinculação material do legislador e do juiz com respeito à norma, depois de reconhecer a vinculação existente entre ambos, assinala Kelsen que é maior a vinculação do juiz que a do legislador. Mas logo afirma ser o primeiro também um criador do direito, de normas individualizadas, e no exercício dessa função relativamente livre. Isso, acrescenta ele, justamente em razão de ser a obtenção da norma individual, no procedimento de aplicação da lei, uma função de vontade, desde que se contenha no âmbito da norma geral.[49]

Como se vê, ao combater Kelsen o intelectualismo das escolas tradicionais e substituí-lo pelo voluntarismo da teoria purá do direito, faz da interpretação um ato que une o entendimento à vontade, o exercício de faculdades racionais e intelectivas ao livre querer do intérprete, de modo que a função do juiz, o seu papel na aplicação da lei, não se cinge "à função mecânica de verificar certas premissas e extrair delas silogis-

46. Idem, ibidem, p. 95.
47. Idem, ibidem, p. 95.
48. Idem, ibidem, p. 97.
49. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., p. 98.

ticamente sua conclusão lógica, conforme resultava da posição intelectualista".[50]

À primeira vista poderia parecer que ele adere por inteiro à falange dos juristas da livre criação do direito. É até certo ponto engano, pois a individualização da norma se limita pela norma geral, conforme vimos. E o mesmo Kelsen, mais adiante, na *Teoria Pura do Direito*, remove expressamente essa aparência um tanto ilusória, quando, categórico, assevera: "Uma norma pode ter também um conteúdo destituído de sentido. Não haverá nesse caso nenhuma interpretação que lhe possa atribuir sentido. Mediante interpretação, não se pode extrair da norma aquilo que dantes já não se ache contido nela".[51] Isso não equivale todavia a negar os íntimos laços que prendem a Teoria Pura do Direito à chamada Escola do Direito Livre, assinalados e confessados por Kelsen mesmo em importante lugar de sua obra jurídica.[52]

Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por

50. Veja-se a esse respeito a crítica e exposição do pensamento de Kelsen por Aftalión, Olano e Vilanova, in *Introducción al Derecho*, 7ª ed., p. 443.

51. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., p. 104.

52. Senão, vejamos: "A teoria pura do direito não se opõe em absoluto à chamada escola do direito livre... Efetivamente, a teoria pura do direito, com sua profunda visão da estrutura do direito, emprestou fundamento teórico a uma das principais teses da escola do direito livre, a saber, aquilo que se chama aplicação do regulamento pelos tribunais e pela administração é, em verdade, *formação do direito* (Hans Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, *apud* W. Ebenstein, *La Teoría Pura del Derecho*, p. 230).

Um juízo semelhante sobre a afinidade das duas concepções, têmo-lo em Fritz Schreier, quando afirma que "a obra da Escola de Viena e a da teoria do direito livre não são contraditórias senão paralelas" (Fritz Schreier, "Freirechtslehre und Wiener Schule", in *Die Justiz*, 4 (192a): 321, *apud* W. Ebenstein, ob. cit., p. 230).

Sem embargo do traço voluntarista e da valorização do papel do juiz no ato interpretativo, como ocorre nas escolas da teoria pura do direito e do direito livre (*Freie Rechtschule*), não resta dúvida que as duas posições não se devem confundir.

A distinção entre ambas é feita com agudeza por Aftalión, Olano e Vilanova, que escrevem na *Introducción al Derecho*: "A fundamental diferença entre o voluntarismo da Escola do Direito Livre e o de Kelsen consiste em que o daquela é um *voluntarismo amorfo ou informe* (Cossio), porquanto deixa tudo entregue livremente à vontade do juiz. Em compensação, o voluntarismo kelseniano se acha *estruturado* de fora (voluntarismo estruturado), no sentido de que o juiz não está livre de ataduras e que o seu ato de vontade deve discorrer dentro dos marcos conceituais – tipos, figuras, *standards* – enunciados pelas normas gerais, segundo já explicamos ao tratar da compreensão no âmbito do Direito" (E. R. Aftalión, F. G. Olano e J. Vilanova, ob. cit., p. 443).

uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito. As reflexões de Kelsen acerca de interpretação reforçam enfim, consideravelmente, a importância da função que cabe ao juiz na ordem judicial.

Mas reparos críticos têm sido feitos à hermenêutica jurídica de Kelsen, sobretudo à sua teoria interpretativa da Constituição. Um deles, oferecido por Wimmer, é o de que a Teoria Pura do Direito esbarra impotente diante de dois obstáculos: a captação do sentido da norma constitucional e a descoberta do sentido atual da Constituição. Toda a tarefa interpretativa da teoria de Kelsen se reduz "cientificamente", segundo aquele autor, a revelar o provável significado de uma norma jurídica.[53]

3. *Subjetivistas e objetivistas na teoria da interpretação*

As escolas que se constituíram com respeito à interpretação das normas jurídicas se reduzem basicamente a duas posições: a dos subjetivistas e a dos objetivistas. Vale, portanto, referi-las sumariamente como subsídio preliminar à análise interpretativa das leis constitucionais.

Essa referência procede tomando-se em conta as premissas teleológicas que envolvem as normas contidas numa Constituição e que fazem de seu texto o estuário daqueles valores que buscam reconhecimento jurídico em toda sociedade politicamente organizada.

A) Os subjetivistas

À posição subjetivista pertence a corrente dos intérpretes clássicos do direito, os juristas que, abraçados primeiro à tradição romana, vieram, sobretudo no século XIX, a sistematizar regras de hermenêutica jurídica. Nessa direção a nota interpretativa dominante se voltava sempre para o legislador de preferência à lei. Tratava-se de um agudo esforço por determinar a *mens legis*, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbiria revelar com fidelidade. Mas a pergunta a que os subjetivistas jamais responderam com clareza foi esta: em que consiste a vontade do legislador? Será ela a vontade qual fenômeno psicológico ou a vontade entendida como metáfora, referida a uma dimensão normativa, conforme a indagação oportunamente suscitada por alguns constitucionalistas?[54]

53. Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, FSR, 15, p. 94.

54. Entre estes, Peter Schneider, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, p. 7.

De caráter subjetivista foram nomeadamente as posições interpretativas assumidas por juristas como Windscheid, Regelsberger, Enneccerus, Bierling, Heck, Beling, Stammler, Petraschek e Nawiasky, volvidos basicamente para a determinação da vontade do legislador.

Professaram também teorias de inspiração subjetivista no campo do Direito Constitucional, além de Nawiasky, publicistas como Giacometti, Luechinger e von Tiefenbacher, que procuraram justificar a superioridade do método de interpretação subjetiva baseada na vontade do povo, pessoa soberana, ou no caráter primacialmente político de alguns institutos essenciais do Direito Constitucional, cujo entendimento não dispensa uma sondagem das intenções primordiais do constituinte.[55] Considerando assim o Direito Constitucional um Direito político, e por conseguinte de natureza geral e indeterminada, esses juristas dão preferência ao método subjetivo, conforme assinala Schneider.

O voluntarismo é o traço marcante da corrente subjetivista. Ela se renova no século XX, com as modernas escolas da interpretação, que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. Assim há sucedido, por exemplo, com os juristas da livre investigação científica (Geny), do "direito livre" (Kantorowicz) e da teoria pura do direito (Kelsen).

Aparentemente exalçando a função judicial, em verdade os subjetivistas debilitam as estruturas clássicas do Estado de Direito, assentadas numa valoração dogmática da lei, expressão prestigiosa e objetiva de racionalidade. Não é à toa que o subjetivismo faz parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo. Algumas teses fundamentais dos juristas da escola do direito livre alcançaram, à sombra desse movimento político, uma acolhida extremamente favorável.[56]

B) Os objetivistas

Os juristas da teoria objetiva foram, segundo Karl Engisch, entre outros, Binding, Wach e Kohler no século XIX e Schreier, Bartholomeyczik, Dahm e Sax no século XX.

55. Peter Schneider, ob. cit., p. 9.

56. Veja-se a esse respeito o que escreveu Du Pasquier como retrato do subjetivismo dominante entre os juristas do nacional-socialismo: "As construções lógicas dos romanistas foram repudiadas, as novas gerações confiam no sentido inato do direito que o juiz encontra em si mesmo, desde que seja da raça pura e se inspire não num individualismo caído da moda, senão na comunidade nacional" (Du Pasquier, *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, ob. cit., p. 196).

A tese básica da corrente objetivista gira, no dizer de Karl Engisch, ao redor da lei, do texto, "da palavra que se fez vontade". A lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldando-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito.

Entendem os adeptos do método objetivo que "a lei é mais sábia que o legislador"[57] e que a chamada vontade do legislador, de que fazem tanto cabedal os subjetivistas, outra coisa não é senão a lei publicada.

Uma configuração verdadeiramente clássica e feliz do chamado método objetivo se nos depara em Binding ao escrever que, desde o momento da publicação da lei, todo o pedestal de intenções e desejos do legislador cai de um só golpe, de maneira que daí por diante passa a lei a repousar unicamente sobre si mesma.[58]

A vontade do legislador, a par de tudo quanto possa historicamente documentar-lhe a manifestação, entra a ter pois função apenas subsidiária, ficando assim a lei desmembrada de suas origens, inteiramente autônoma, dotada de força ou vida própria, capaz de acomodar-se às variações emergentes no seio da realidade social a que se vai aplicar.

Uma consagração positiva do método objetivo parece estar contida no célebre § 6º do Código Civil da Áustria, de 1811, onde se lê: "À aplicação de uma lei nenhum outro entendimento se lhe deve dar que não seja aquele que transparece do próprio significado das palavras em sua conexão e da clara intenção do legislador".[59] Pelo menos a regra geral interpretativa que se extraiu dessa disposição, tanto na esfera da doutrina como da jurisprudência, foi, conforme assinala Pfeifer, de sentido objetivo-teleológico.[60]

No entanto há juristas, como Schneider, que fazem graves reparos ao método objetivo, inquinado de isolar a lei de sua origem histórica, ou de conferir-lhe uma espécie de autonomia ou vida própria, e, por conseguinte, de torná-la mais flexível às variações circunstanciais e às mudanças de realidade. Entende o mesmo autor que, por esse aspecto, o

57. Peter Schneider, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., p. 8.

58. Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, v. I, p. 454.

59. "Einem Gesetz darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet".

60. Pfeifer, in *Prinzipien der Verfassungsintepretation*, ob. cit., p. 110.

método objetivo é mais progressista, em contraste com a natureza conservadora do método subjetivo.[61]

Com os objetivistas a vontade da lei aparece posta na pauta da evolução teórica e histórica dos métodos interpretativos, entre a vontade do legislador e a vontade do juiz. A vontade deste último. tão prestigiosa desde que se arruinou a fé racionalista na intangibilidade da lei, na sacralidade e supremacia dos textos de direito positivo, representa, ao contrário, conforme já assinalamos, o coroamento moderno e contemporâneo do subjetivismo, sua versão mais recente e atual. Versão aparentemente feita com o propósito de vencer e transpor a crise característica dos ordenamentos jurídicos do século XX, açoitados e batidos de exigências e acomodações que o desfalecimento das estruturas sociais provocou desde o colapso da sociedade liberal.

O objetivismo na interpretação da lei e da Constituição exprimiu sempre a posição predileta dos positivistas formais, daqueles que no século XIX, confiantes em fatores reinantes de estabilidade, fizeram do dogmatismo e do culto ou reverência ao texto da lei o mais seguro penhor das instituições produzidas pela estrutura política do Estado de Direito.

Se atentarmos pois nos rumos que toma o constitucionalismo em alguns países economicamente alçados já aos níveis da sociedade pós-industrial, verificaremos sem surpresa que, em nome da estabilidade e segurança do ordenamento jurídico, eles terão que promover, mais cedo ou mais tarde, o retorno a um método interpretativo com teor ou feição objetiva e penetrado de rígido formalismo. E o farão de modo irreprimível na medida em que se abraçarem à conservação de seu restaurado Estado de Direito, posto fora de crises, qualitativamente já ultrapassadas, e que tantos abalos dantes lhe causaram na transição agônica assinalada com a passagem do velho Estado de Direito, de natureza individualista, ao novo Estado de Direito, de natureza social.

Os objetivistas no campo do Direito Público, nomeadamente do Direito Constitucional moderno, formam já uma corrente respeitável de intérpretes, talvez a que mais pese entre os constitucionalistas.

Na Europa inclinam-se pela aplicação desse método constitucionalistas do prestígio de Maunz, Duerig, Forsthoff, Hans J. Wolff e von Turegg. A tendência objetivista andou também se manifestando palpavelmente na *praxis* interpretativa do Tribunal Federal suíço.[62] E por igual pre-

61. Peter Schneider, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., p. 8.

62. Veja-se Peter Schneider, ob. cit., p. 10.

ponderante na jurisprudência constitucional da Corte alemã de Karlsruhe, que há dado importância meramente subsidiária às orientações metodológicas subjetivistas ou históricas.[63] Com efeito, para esse tribunal a história do surgimento de uma lei tem, quando muito, importância secundária.[64]

4. *Avaliação dos métodos de interpretação*

Expostos os principais métodos tradicionais e modernos, ergue-se a questão relativa ao reconhecimento do melhor processo interpretativo da norma jurídica.

Juristas como Scheuerle preconizam o emprego facultativo de todos os métodos que a teoria interpretativa conhece. Aliás não há método puro, sendo razoável admitir, conforme reconhece Tiefenbacher, que todo método encerra elementos de outros métodos. Isto é tanto mais verdadeiro quanto se sabe que o ato interpretativo representa uma operação espiritual, não raro de índole integrativa, de captação sumária de sentido, mormente quando a norma que se vai interpretar é de natureza constitucional.

A jurisprudência constitucional, pelo menos aquela seguida na Alemanha pelo Tribunal de Karlsruhe, não proporcionou até agora uma unidade coerente na adoção de métodos interpretativos, antes, pelo contrário, se avolumam as queixas acerca da instabilidade hermenêutica ali verificada com a freqüente mudança de posições, a qual, segundo muitos, ameaça imergir toda a problemática da interpretação constitucional num verdadeiro "caos metodológico".[65]

Indulgente com todas as teorias interpretativas, Scheuerle recomenda na aplicação prática do direito uma livre escolha da técnica hermenêutica, como o melhor caminho a seguir, desde porém que isso possa conduzir a "resultado satisfatório" ("befriedigenden Ergebnis").[66]

63. Peter Schneider, ob. cit., p. 12.

64. Horst Ehmke, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., p. 57.

65. Horst Ehmke, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, ob. cit., p. 59. Não vamos tão longe até perfilhar a crítica do abalizado constitucionalista, mas é de admitir que o Tribunal na sua professada linha de "objetividade" fez uma abertura um tanto eclética, que o próprio Ehmke reconhece, proclamando em seus arestos a necessidade de se completarem mutuamente os métodos gramatical, histórico-genético, sistemático e teleológico, tendo por alvo alcançar a interpretação objetiva.

66. W. Scheuerle, *Rechtsanwendung*, 1952, p. 167.

Dessa livre eleição de métodos já discrepava porém Savigny, o romanista, quando afirmou que os quatro elementos tradicionais – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático – não constituíam quatro formas de interpretação entre as quais poderíamos escolher à vontade, "mas diferentes atividades a atuarem conjugadas, se porventura quisermos obter uma interpretação bem-sucedida".[67]

A preferência dada ao método de interpretação conforme o sentido literal (*Wortsinn*) era manifesta em alguns juristas clássicos como os pandectistas Windscheid e Regelsberger.

Após a ação renovadora dos juristas filiados à escola alemã da livre aplicação do direito ("freie Rechstsfindung"), fez-se afinal preponderante o método teleológico, por achar-se talvez mais perto da vida e apresentar-se mais consentâneo com as exigências de uma sociedade dinâmica e cambiante, qual a do século XX, animada de idéias e forças que, nos quadros da ordem jurídica, postulam a constante acomodação dos interesses sociais, sujeitos a um habitual estado de contestação e antagonismo.

O fim e o fundamento da lei inspiram a moderna interpretação da norma jurídica, de preferência ao seu sentido literal. Assim adverte Karl Engisch, estribado no velho aforismo romano que reza: quando expira a razão da lei, expira a lei mesma ("cessante ratione legis, cessat lex ipsa").[68]

Assinalou Zweigert a ausência de um critério certo de graduação ou hierarquia dos distintos métodos de interpretação jurídica, vendo aí uma falta deplorável, a que também se reportou Karl Engisch, dominado de igual pessimismo. Com efeito, mostrou Engisch que a falta de fundamentação teórica geral tem invalidado os esforços empenhados na obtenção de uma hierarquia dos critérios interpretativos.[69]

Com respeito à superioridade que possa demandar cada um dos métodos de interpretação jurídica, a conclusão é sem dúvida desalentadora, porquanto nenhum oferece "uma receita infalível para estabelecer o sentido preciso das leis", podendo sua aplicação conduzir a resultados contraditórios, o que levou o jurista belga Du Pasquier a assinalar que a

67. F. K. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, 1840, p. 215. Perfilha o mesmo ponto de vista, em nossos dias, o jurista italiano Carbone, quando escreve: "As expressões interpretação literal, histórica, sistemática etc., que comumente se usam, são equívocas enquanto dão idéia de distintos procedimentos que se sucedem como recíprocos corretivos" (C. Carbone, *L'Interpretazione*, ob. cit., p. 14).

68. Karl Engisch, ob. cit., p. 83.

69. Zweigert, *Studium Generale*, 1954, p. 385, e Karl Engisch, ob. cit., p. 82.

personalidade do intérprete é o que vale e prepondera, pois interpretar, diz ele, é mais uma arte do que uma ciência. Uma arte intimamente voltada para a vida, uma operação técnica que conduz o intérprete de modo pragmático a "entender para agir ou de qualquer maneira para decidir".[70]

Desse ponto de vista se acerca também um jurista do quilate de Santi Romano quando afirma que "a interpretação do direito é operação difícil e complexa, que constitui objeto de uma sutil doutrina e de uma delicadíssima arte".[71]

5. *A Constituição interpretada*

A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.[72]

A relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza declaradamente social.

A interpretação constitucional, objeto das reflexões subseqüentes, é sem dúvida aquela que se prende aos ordenamentos estatais dotados de Constituição rígida, onde o formalismo da produção jurídica de nível mais alto sempre representou penhor de estabilidade do sistema e das instituições.

Evidentemente, quando o sistema entra em crise e demanda rápidas reformas, todo o edifício constitucional estremece. Suscita-se então o problema de acomodar a Constituição com a realidade a que ela responde ou serve de instrumento.

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios teóricos levantados nos textos pela técnica das Constituições. Desaconselhada a operação constituinte direta, em razão dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituinte, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional. Ocorre então a mudança tácita da Constituição por obra de intérpretes.

70. C. du Pasquier, *Introduction...*, ob. cit., p. 190.

71. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, ob. cit., p. 121.

72. Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, p. 3, e Virga, *Diritto Costituzionale*, 6ª ed., p. 385.

Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos.

Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor.[73] De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social. Mas a interpretação constitucional nem sempre serviu a esse intento, nem foi deliberadamente utilizada para alcançar semelhante resultado. Nas épocas constitucionais mais tranqüilas como aquelas que caracterizaram o antigo Estado de Direito da sociedade liberal, a hermenêutica constitucional tinha por regra uma posição eminentemente conservadora da ordem estabelecida e só por exceção desempenhava ativamente uma função transformadora. É o que se pode perceber com toda clareza, analisando a forma clássica de interpretar a Constituição, objeto das considerações expendidas mais adiante no item 7 deste Capítulo.

6. *A "natureza política" das normas constitucionais*

Dois aspectos de capital importância assomam de imediato à reflexão do intérprete em se tratando de normas constitucionais, conforme veremos a seguir.

73. A esse respeito escreve Afonso Arinos: "A técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia social da lei constitucional. Esta interpretação construtiva permite, em determinadas circunstâncias, verdadeiras revisões de texto, sem que seja alterada a sua forma" (Afonso Arinos de Melo Franco, *Direito Constitucional, Teoria Constitucional, as Constituições do Brasil*, p. 116).

Em primeiro lugar, elas são de *superior categoria hierárquica* em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal).

Esse último dado – a constitucionalidade formal – é peculiaríssimo às Constituições rígidas. Aliás, o valor jurídico da distinção entre o formal e o material inexiste ou é de todo irrelevante nos sistemas constitucionais regidos pelo formalismo, porquanto aí idêntico é o grau de eficácia tanto das normas constitucionais materiais como formais. Nesse caso as normas contidas na Constituição, quer a doutrina as considere materialmente constitucionais, quer não, têm a mesma positividade, o mesmo valor jurídico. De sorte que a sobredita distinção de conceitos nasce unicamente de considerações postas na esfera teórica, não tendo nenhum efeito sobre a juridicidade da norma. Quando muito lograria serventia para os sistemas de Constituição escrita flexível.[74]

74. A antiga Constituição do Império em nosso constitucionalismo era o modelo por excelência de Constituição a um tempo flexível e rígida, uma Constituição portanto híbrida, se considerada por esse aspecto. Comportava uma peculiaríssima distinção entre constitucionalidade material e constitucionalidade formal (esta sem rigidez, ao contrário paradoxalmente da rigidez hoje constatada). Como se nota, vista pelos conceitos atuais da doutrina constitucional, a distinção representa uma impropriedade de linguagem técnica, pelo menos na acepção que o formal tomou nos sistemas constitucionais rígidos. Não resulta o formal aí de um contraste com o material, ou seja, do simples fato de que uma disposição, não sendo materialmente constitucional, esteja todavia na Constituição – como ocorria na Constituição do Império segundo os termos do art. 178 – senão que deriva do processo especial que se requer para elaborar ou modificar uma disposição constitucional. Por onde resulta que na Constituição rígida todas as disposições nela contidas, não importa a natureza intrínseca da norma, são *materialmente* constitucionais, desaparecendo, em conseqüência, do ponto de vista de eficácia e aplicação, a relevância jurídica da distinção teórica referente ao aspecto material ou formal da norma.

Tornemos porém à Constituição do Império. O art. 178 estampa, por conseguinte, um caso *sui generis* de formalismo constitucional sem rigidez, que faz flexível todo o conteúdo da Constituição que não corresponda ao aspecto *material*. Este ali se traduz e se faz explícito debaixo da denominação de *constitucional*, sendo a única parte da Constituição que à luz dos conceitos vigentes de formalismo constitucional aparece rígida e formal, conforme veremos.

Com efeito, reza o sobredito artigo da Constituição Imperial: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias".

O "constitucional" se refere ao aspecto material das Constituições como a doutrina mais em voga o entende, e só ele é rígido. As demais disposições daquela Constituição, que não atendem às exigências do art. 178, entram na Constituição, mas por um paradoxo não são constitucionais (materialidade constitucional), embora tenham tomado *forma* constitucional por se acharem contidas no texto da carta.

Em segundo lugar – e este é o outro aspecto que nos vem à reflexão – a norma constitucional é de natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo *político* considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.

Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (doutra forma não se justificaria o longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.

Em matéria constitucional é muito difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. Aliás, a invalidade dos almejados cânones universais de interpretação é extensiva a toda espécie de leis, uma vez que de país a país, de ambiente a ambiente, de sociedade a

sociedade, cada ordenamento jurídico se sujeita a variações cujo peso deve ser devidamente levado em consideração.[75]

O método objetivo, por exemplo, que pode ser excelente para uma Constituição escrita e rígida, já em face da Constituição costumeira não terá o mesmo préstimo, podendo até conduzir a perplexidades ou a uma total impotência, visto que ficaria desatado dos textos em cujo teor literal ele parece usualmente apoiar-se em sua "objetividade".

O caráter político da Constituição avulta também quando se trata de fixar o caráter normativo dos princípios constitucionais. Estes não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição. Adquiriram, graças a esta, uma juridicidade que, se por uma parte os limita, por outra, não quebranta de modo algum o elo axiológico necessário que os prendem às matrizes sociais donde brotaram e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida.

Mas do mesmo passo não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional. Fazer isto seria cair no extremo oposto, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma. Esta – deve ficar bem assinalado – não é apenas o receptáculo formal onde cabem todas as variações de conteúdo ou substância da vontade que nela vem expressa, porquanto, se assim fora, incorreríamos no grave risco de anular as vantagens estabilizadoras contidas no formalismo da rigidez constitucional. A Constituição seria rígida na forma mas flexível no conteúdo. Teríamos assim, através de caminho inverso, por obra unicamente de intérpretes, reintroduzido no ordenamento constitucional a incerteza e a insegurança sobre o direito básico, justamente os elementos que a rigidez tivera a precisa virtude de remover. A confusão do Direito com a Política nos termos daquela interpretação conduziria provavelmente a semelhante resultado, afrouxando assim os laços que vinculam a Constituição ao Direito para assentá-la sobre a plataforma falsa e oscilante do arbítrio e da instabilidade.

75. Com razão, escreve Tullio Ascarelli, numa carta ao Professor Francesco Carnelutti: "Por isso, afigura-se-nos vã fadiga estabelecer cânones universais de interpretação, objetivo que a meu ver trairia a natureza da interpretação mesma, enquanto doutra parte é exatamente a diferença destes cânones nos vários países ou ambientes, o que indica não já uma diferença à qual seja possível aplicar a qualificação de *certo* ou de *errado*, mas uma diferença de estrutura constitucional (que depois se vincula com a das categorias através das quais vêm as normas interpretativamente postas e desenvolvidas)". Veja-se Tullio Ascarelli, "Tema de Interpretazione ed Applicazione dela Legge (Lettera al prof. Carnelutti)", in *Rivista di Diritto Processuale*, v. XIII, p. 18).

A interpretação constitucional se move pois no plano delicado da dicotomia a que nos temos referido: de um lado, o jurídico, doutro, o político, ambos porém decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional.

A interpretação da Constituição, como se vê, não é tarefa só do jurista, mas daquele que, sobre ser jurista, há de aliar também a essa qualidade o dote de uma visão mais larga, o descortino do cientista político, ou pelo menos dos que, no trato das leis, não são de todo hóspedes em história do direito, direito comparado, política e história política, matérias indispensáveis, que funcionam como excelentes meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais.[76]

O fator político é, assim, importantíssimo senão fundamental, sobretudo quando se trata de interpretação das normas atributivas de certa discrição constitucional. É aí, segundo observa de modo perspicaz um eminente constitucionalista, que os órgãos constitucionais, no exercício de suas competências, devem, dentro das linhas mestras do regime político, ajustar-se maiormente ao interesse público, qual este se exprime no sentimento da coletividade.[77]

A força do regime político, enquanto critério interpretativo, se manifesta também com toda a evidência nos casos de interpretação ab-rogante, isto é, nos casos relativos àquela interpretação "que leva a não aplicar uma norma porque já não é conforme aos princípios da matéria ou da estrutura jurídica do Estado".[78] Ocorrem essas hipóteses com mais freqüência na transição de um regime a outro, conforme assinala Carbone, ou seja, na emergência de uma nova ordem constitucional.[79]

Enfim, encarecendo ainda a importância do regime político na interpretação das normas constitucionais, socorre-se aquele jurista desta imagem comparativa que se nos afigura deveras feliz: as situações e relações políticas preenchem com respeito às normas constitucionais a mesma função que a prática dos negócios em relação às normas comerciais.[80]

De tudo isso se deduz que o Direito Constitucional, sendo o Direito das normas fundamentais, da soberania em seu exercício, de princípios

76. C. Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, ob. cit., p. 35.
77. Idem, ibidem, p. 30.
78. Idem, ibidem, p. 44.
79. Idem, ibidem, p. 40.
80. Idem, ibidem, p. 41.

básicos como a liberdade e a igualdade, o Estado de Direito, o Estado democrático e o Estado social, é de natureza primacialmente *política* tanto quanto o Direito das Finanças é de natureza *financeira* e o Direito Fiscal é de natureza *tributária*.[81]

7. *A importância da interpretação clássica da Constituição*

A hermenêutica esposada pelas teorias tradicionais sempre esteve voltada para o reconhecimento da vontade contida em toda norma jurídica. Ao intérprete caberia tão-somente o labor intelectivo de revelar tal vontade, eixo dessas teorias. Tanto poderia ser a vontade da norma como a vontade subjetiva do legislador. Na teoria geral do direito, o campo se reparte, pois, entre subjetivistas e objetivistas, empenhados ambos em resolver aquilo que se lhes afigura o problema capital da interpretação: o de saber se deve prevalecer na operação interpretativa a vontade do legislador histórico ou a vontade objetiva e autônoma da lei, a saber, o seu texto, as palavras objetivadas ou convertidas em "vontade", de que já se fez menção.

O constitucionalismo clássico se manifestou obviamente em favor da escola objetivista, que melhor se amolda à sustentação do princípio constitucional e democrático, à ordem jurídica estabelecida pelo liberalismo e à sua concepção de Estado de Direito.

Com efeito, a vontade da lei, sobre exprimir um produto da razão humana, tinha legítima existência objetiva, e uma vez constituída obrigava tanto os autores como os destinatários da norma, não havendo por que indagar a vontade daqueles e não de uma vontade da lei, que tudo poderia suprir.

A Constituição considerada assim lei ou tomada na sua acepção *jurídica* predispunha pois os juristas a interpretá-la como qualquer outra lei, sendo esse estado de ânimo bastante expressivo da profunda e ilimitada confiança depositada na obra racional dos constituintes e nos fundamentos sobre os quais repousava a sociedade.

Não sondava o intérprete o campo das forças extraconstitucionais porque esse campo não existia no sentido que tomou com a sociedade industrial, a sociedade de massas. De modo que toda sua tarefa de percepção do sentido da norma se movia no interior da própria norma, bem

81. O símile da comparação nós o tomamos de uma reflexão idêntica de Ehmke cotejando o caráter político do Direito Constitucional com o caráter materialmente "econômico" do Direito Econômico. Veja-se Ehmke, *Prinzipien*, ob. cit., p. 65.

como de uma exegese que, ainda alargada às possibilidades derradeiras, resultantes do emprego conjugado dos elementos interpretativos clássicos, enunciados por Savigny, não excedia a esfera positiva da Constituição.

Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico, mais científico do que filosófico. Um Direito Constitucional compacto, sistemático, lógico, que não conhecia crises nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea.

Essa posição correspondia naquela época ao reconhecimento de um dualismo manifesto: o Estado e a Sociedade. A teoria os proclamava, senão opostos, ao menos distintos e separados. O texto constitucional exprimia basicamente nesse entendimento clássico a organização do Estado, a limitação de seus poderes, a competência atribuída aos seus órgãos essenciais, a declaração de direitos fundamentais oponíveis ao Estado. Eram esses direitos que inseriam a Sociedade na Constituição.

Moldurada unicamente pela proteção ou tutela jurídica do Estado, a Sociedade se apresentava como um campo franqueado à iniciativa individual: era o reino por excelência de relações que transcorriam preponderantemente fora de toda a ingerência estatal; uma esfera pois onde o peso político, os fins, o sentido e os valores da Constituição, ao revés do que ocorre de último, quase não se faziam sentir. A Constituição, em nome de uma Sociedade individualista, circunscrevia juridicamente o Estado, fazendo-o limitado, debaixo de instituições consagradas pela fórmula feliz do Estado de Direito. A Sociedade ideologicamente se considerava superior ao Estado. A ideologia da Sociedade preponderava sobre a ideologia do Estado. A essa calmaria ideológica correspondia o repouso das instituições: repouso, porém, superficial, que veio abaixo estrepitosamente no século seguinte com a ruína do Estado liberal.

O liberalismo constitucional professava assim o culto da legalidade, da Constituição sacrossanta, intangível tanto quanto possível. O intérprete profanaria o caráter legítimo de sua função, se buscasse o direito constitucional fora da norma positiva, dos textos, dos componentes jurídicos que traduzem e explicam toda a Constituição.

A estrutura avultava sobre os valores ideológicos (os liberais) da Constituição, que, em razão de não serem contestados, adormeciam implícitos na organização jurídica do Estado. Não precisavam para o seu reconhecimento de ser lembrados a cada passo. Interpretar a Constitui-

ção se constituía uma tarefa eminentemente jurídica, feita com a Ciência do Direito e não com a Sociologia Jurídica, com uma disciplina técnica – a Hermenêutica Jurídica – e não com um instrumento polêmico – a Ciência Política.

Os constitucionalistas perfilhavam então um método interpretativo que em seu entender os colocava a distância de valores ideológicos, acima das posições valorativas, quando, em verdade, ao aplicarem o direito, o que eles exprimiam eram as crenças e a ideologia do Estado de Direito da concepção liberal, ainda que não o percebessem. Professavam assim uma aparente neutralidade, armados apenas dos recursos da lógica, que lhes servia de meio cognitivo, e ao aplicarem a regra positiva extraíam-na de uma Constituição formal que lhe demarcava o conteúdo.

Os métodos clássicos de interpretação exerceram um influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem de preferência aos quadros fechados da norma jurídica, sem um salto mais ousado para o sistema, cujos fins, na época do liberalismo, se compadeciam valorativamente, ou seja, ideologicamente, com esse conhecimento restrito da norma, vista por seu exclusivo teor jurídico.

Mais adiante mostraremos, versando a doutrina americana dos poderes implícitos, que essa atitude dos juristas liberais refletia em larga parte sua adesão aos valores estabelecidos, bem como a preservação dos princípios que a consciência liberal professava e espelhava. Os poderes implícitos tinham, ao serem utilizados nessa linha de conveniências liberais, uma adequação lógica de conservação das mais perfeitas, tanto para explicar como para elastecer, nas aplicações jurisprudenciais, as teses imperantes de um Estado de Direito assentado básica e exclusivamente sobre os princípios cardiais da sociedade de classe. O corpo dominante dessa sociedade era pois a "bourgeoisie" vitoriosa dos séculos XVIII e XIX, tendo em suas mãos a manivela que movimentava o poder e guiava o governo para a direção almejada.

Quando os fins do sistema, por obra da mudança social, entraram porém em contradição com a norma constitucional, a Constituição estava fadada a desintegrar-se juridicamente. A pressão de fatores políticos e sociais que marginam a Constituição ou nela se inserem avassaladoramente, acabaram por dissolver-lhe toda a estrutura técnico-jurídica sobre a qual se apoiavam os intérpretes clássicos.

O positivismo lógico-formal, em razão de conhecer tão-somente a norma, e não a norma somada com a realidade, como aconteceu com o positivismo sociológico posterior, ignorava na melhor tradição liberal a tensão entre a Constituição e a realidade constitucional.

O método interpretativo clássico de inspiração positivista, ao ocupar-se da Constituição "como objeto", exprimia uma perfeita adequação ao Estado de Direito da concepção liberal; um Estado que requer como pré-condição essencial o acordo, a harmonia e o consenso do pensamento político com a forma de sociedade estabelecida, excluindo portanto toda presunção de conflito ou desacordo entre a Constituição (representativa do Estado) e a Sociedade (representativa de pessoas).[82]

Esse método tomava a norma pelo seu aspecto formal e a interpretava com o rigor técnico-jurídico de uma regra cujo mérito ou conteúdo se lhe afigurava irrelevante do ponto de vista crítico. Aliás, o não-exercício de faculdades críticas ao aspecto material da norma, a empenhada neutralidade diante desse aspecto importantíssimo das Constituições, colidia evidentemente com os desdobramentos teóricos ulteriores, que fariam este século prevalecer, na ordem de valorização do constitucionalismo, o lado material das Constituições sobre o lado formal, em conseqüência precisamente da preponderância assumida nos ordenamentos constitucionais pelo social sobre o individual, fato tão relevante que em alguns países há conduzido de fato à decomposição do modelo de Constituição jurídica ou normativa (fruto da herança liberal).

8. *A interpretação da Constituição na doutrina americana*

País de Constituição rígida, os Estados Unidos proporcionam um modelo idôneo de documento formal inspirado e alicerçado na vontade popular. Dotado de uma Constituição que já completou dois séculos de existência, aquela nação viu florescer entre os seus juristas uma das mais perfeitas doutrinas de interpretação constitucional que se conhecem.

Fruto de comprovada experiência, que sempre se renova, aquela doutrina enraizou os seus princípios dentro de um admirável sistema de liberdade e garantia dos direitos humanos. Vale a pena pois referir alguns pontos de hermenêutica constitucional, extraídos das reflexões de juristas que tiveram a Constituição dos Estados Unidos por objeto principal de estudo e observação.

82. É óbvio que o modelo de Sociedade a que nos reportamos aqui é a do século XIX, do Estado liberal, de sua teoria ideológica, concebida como se fosse primariamente composta de indivíduos, ficando os grupos e as classes deslembradas ou relegadas a segundo plano, ao contrário da sociedade contemporânea, que marca o século com a presença de um avassalador pluralismo: o de grupos, sendo sociedade de sociedades e não sociedade de indivíduos, com estes deslocados para uma esfera secundária, rodeados de crescente "desvalorização" política, jurídica e social.

Quando Story expôs suas regras de interpretação tiradas *ex directo* do texto da Constituição, partiu ele da afirmativa de que a regra primeira e fundamental na interpretação de todos os instrumentos é interpretá-los de acordo com o sentido dos termos e a intenção das partes. O constitucionalista estimava na Constituição americana não somente o texto em si, mas sobretudo a vontade popular, que anima a tarefa constituinte e se reflete permanentemente sobre o documento como sua inspiração básica e primordial.[83]

Um expediente elementar de interpretação constitucional consiste em tomar sempre a Constituição globalmente, como um todo, de que as cláusulas particulares se fazem tributárias e indissociáveis, recebendo luz, significado e vida da finalidade conjunta e comum corporificada no instrumento máximo, ou seja, nas idéias e princípios essenciais da carta magna.

Afigura-se-nos, por conseguinte, correta a doutrina de Willoughby quando estabelece que "a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, senão imperativo, interpretar uma parte à luz das provisões de todas as demais partes".[84]

A atenção do intérprete, em busca da essência e da finalidade da Constituição, deverá portanto recair sobre esta como um todo, tanto quanto sobre suas partes componentes. Onde o texto da Constituição for bastante claro, acrescentava Story, cumpre abster-se de interpretá-lo, salvo em caso de necessidade, e ainda assim com a máxima cautela para evitar conseqüências absurdas ou conjurar danos fatais.[85]

Uma das melhores lições de hermenêutica constitucional do abalizado jurista temo-la quando ele ministra o ensinamento acerca da diversidade e variabilidade interpretativa a que se sujeitam as cláusulas da Constituição, infensas a toda uniformidade interpretativa. Aponta então o caminho mais seguro a percorrer, ou seja, aquele que combina a análise histórica de uma determinada competência, obrigação ou direito com o sentido teleológico que se busca alcançar.

O trecho seguinte de Story contém sobre o assunto lúcidas e admiráveis reflexões, que traçam e antecipam de certo modo a moderna me-

83. Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, I, 5ª ed., p. 305.

84. W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, v. I, p. 40.

85. Story, *Commentaries...*, ob. cit., pp. 307/308.

todologia do sistema constitucional assentada sobre bases axiológicas, históricas e teleológicas, de que se acha impregnado todo o conteúdo da matéria constitucional. Senão, vejamos: "Quando se vislumbram o caráter da Constituição mesma, os objetivos que ela intenta colimar, os poderes que confere, os deveres que impõe e os direitos que assegura, bem como o fato histórico conhecido de que muitas de suas provisões foram matéria de compromisso de opiniões e interesses opostos, alcançaremos provavelmente a conclusão de que nenhuma regra uniforme de interpretação pode aplicar-se-lhe, que não consinta, embora positivamente não o exija, muitas modificações em sua presente aplicação a determinadas cláusulas. E talvez a mais segura regra de interpretação seja afinal de contas aquela que, empregando todas as luzes e recursos da história contemporânea, se volte para a natureza e objetivos dos direitos, deveres e competências específicas, dando às palavras que os exprimem uma força e função compatíveis com seu legítimo significado, de modo que se possa justamente assegurar e lograr os fins propostos".[86]

A Constituição é sobretudo um instrumento de governo, ou seja, de governo nos limites da lei, da ordem jurídica solidamente estabelecida e dos postulados essenciais de um Estado de Direito que, havendo limitado o poder no legítimo interesse da Sociedade, se conduz segundo princípios superiores e tutelares da liberdade e do respeito à pessoa humana.

A Constituição se esboça qual moldura jurídica de um governo que, segundo Story, "pressupõe a existência de uma perpétua mutabilidade em suas funções, relativas àqueles que lhe estão sujeitos, e a uma perpétua flexibilidade no adaptar-se às suas necessidades, hábitos, ocupações e fraquezas".[87]

A relação íntima entre o texto e os fins da Constituição, com prevalência destes, ao ensejo de uma controvérsia interpretativa, foi expressa por Story quando ponderou que "nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhe os óbvios fins, se do mesmo passo couber outra interpretação que, acorde com o texto e o sentido da Constituição, venha observá-los e protegê-los".[88]

São igualmente valiosas as considerações acerca da interpretação do texto constitucional, ao advertir, por exemplo, que as palavras de uma

86. Idem, ibidem, pp. 308/309.

87. Idem, ibidem, p. 328.

88. Story, *apud* W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, ob. cit., p. 33.

Constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição de seu significado.[89]

Com respeito à Constituição americana – e nada obsta a que se universalize e se converta em axioma o reparo feito – acha o jurista de todo cabível se lhe dê uma "interpretação razoável" ou lógica, assim de sua linguagem como de seus poderes, tendo sempre em vista os objetivos e propósitos para os quais foram estes conferidos.[90] Explica Story o que entende por "interpretação razoável", ou seja, aquela em que havendo palavras suscetíveis de duas acepções distintas – uma estrita, outra lata – adota-se de preferência a que seja mais consentânea com os desígnios e objetivos evidentes da Constituição, isto é, a que lhe confere força e eficácia de *governo* e não a que lhe dificulta as funções ou a reduz a um estado de anormalidade.[91]

Repreende Story as interpretações pedantes da Constituição, obra de juristas que buscam conferir à sua linguagem um tom de mistério ou sutileza metafísica, mostrando pois que a linguagem da Constituição é a do bom senso, de um instrumento feito para exprimir necessidades práticas da vida humana. Adotada pelo povo, que há de lê-la e compreendê-la com as luzes de seu mediano entendimento, a Constituição, prossegue Story, não se presta a exercícios ou torneios de acuidade filosófica ou perquirição judicial.[92]

Reportando-se tacitamente ao idealismo da Constituição – nunca esquecer a básica inspiração liberal desse instrumento que enumera poderes e traça limites ao seu exercício –, Story encarece a importância essencial que tem para a tarefa interpretativa as supremas motivações do povo ao instituir a forma constitucional de governo. Essas motivações hão de inspirar sempre a compreensão do texto e guiar os intérpretes avisados, quando intentam estes determinar o caráter e o espírito de uma Constituição.

Toda interpretação dos poderes constitucionais deve estar assim invariavelmente volvida para esses princípios ou valores cardeais: a união indissolúvel, a justiça, o bem-estar geral, enfim, as bênçãos de uma liberdade perpétua. De modo que cumpre recusar ou invalidar por molesta toda intepretação literal tendente a apoucar ou frustrar a importância atribuída àqueles fundamentos espirituais da realidade constitucional.[93] Fazer o contrário seria, segundo Story, destruir o espírito e aviltar a letra da Constituição.

89. Story, *Commentaries...*, ob. cit., p. 319.
90. Idem, ibidem, p. 321.
91. Idem, ibidem, p. 321.
92. Idem, ibidem, p. 345.

Mas Story também adverte contra o sacrifício da letra da Constituição, isto é, contra a desvinculação entre o espírito e a palavra da Carta, para mostrar que ambos devem ser igualmente respeitados. Nesse ponto sua lição, que é a de um clássico das letras jurídicas e da experiência constitucional, se alteia a limites inexcedíveis. Afirma ele por igual haver-se ponderado com grande exação, que apesar de o espírito de um instrumento, sobretudo em se tratando de uma Constituição, fazer jus a um acatamento equivalente ao que se presta ao texto literal, ainda assim o espírito há de ser extraído primacialmente da letra.[94]

A doutrina do juiz Marshall, a que excelentemente se refere Story, é a de que as palavras podem comportar várias acepções, mas o que em verdade importa com respeito a uma legítima interpretação da Constituição é descer com veracidade ao tema, ao contexto, às intenções do povo, qual se depreendem do instrumento constitucional.[95] Dizia Marshall com razão que as Constituições foram feitas para durar e tolher crises resultantes de negócios humanos.

Reporta-se ainda o Mestre americano, escudado em razões contidas numa decisão judicial, à inevitável necessidade de linguagem genérica como a que mais convém às Constituições. Com citações desse julgado, demonstra ele que sendo a Constituição uma carta das liberdades, não é o instrumento mais apto e escorreito para fazer minudente especificação de poderes ou declarar os meios mediante os quais devem estes ser exercitados. Deve assim a carta falar uma linguagem genérica e exprimir os seus poderes em termos gerais, cometendo à legislatura a adoção de meios com que prover os seus legítimos objetivos, moldando pois o exercício das competências constitucionais de acordo com as recomendações que a prudência e o interesse público porventura lhe ditarem.[96]

A interpretação razoável da Constituição, compreendida como instrumento de governo estabelecido para o bem comum, deve, assim, segundo Story, arredar-se de uma interpretação restrita, de sorte que "onde o poder houver sido outorgado em termos gerais, há de interpretar-se como coextensivo a esses termos, salvo se do contexto puder inferir-se alguma clara restrição".[97]

93. Idem, ibidem, pp. 322/323.
94. Idem, ibidem, p. 326.
95. Idem, ibidem, p. 328.
96. Story, ob. cit., p. 323.
97. Story, ob. cit., p. 323.

A par de uma posição favorável à generalidade específica da linguagem constitucional, com um largo raio de abrangência interpretativa, observa-se, por outra parte, que o insigne constitucionalista parece inclinar-se por inteiro pela alternativa de um modelo de Constituição concisa. Atente-se a esse respeito no lugar de seus "Comentários" onde ele assevera que uma Constituição demasiado pormenorizada, isto é, inchada de casuísmo, com inserção de copiosa subdivisão de poderes e de meios executórios, conduziria o documento, pela prolixidade inevitável em que estaria vazado, a tomar a feição e amplitude de um código.[98] A mente humana dificilmente lograria circunscrever-lhe o âmbito material, sendo provavelmente uma Constituição cujo sentido o público jamais compreenderia.[99]

A) A doutrina dos poderes implícitos

Por via interpretativa a escola clássica do constitucionalismo americano erigiu, enfim, a célebre doutrina dos poderes implícitos, um dos cânones que permitem à carta de Filadélfia sua assombrosa plasticidade e longevidade.

Os poderes implícitos foram aliás objeto de algumas ponderações clássicas de Marshall emitidas no aresto da Suprema Corte ao ensejo da demanda McCulloch *versus* Maryland. Disse o insigne jurista: "Pode-se com assaz de razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios".[100]

Sobre o assunto, a regra estabelecida por Story é a de que na interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que

98. Story, ob. cit., p. 322. Aliás, Story, quando assim se exprime, nada mais faz que reproduzir conceito já exarado pelo juiz Marshall no aresto da Suprema Corte ao julgar a demanda McCulloch *versus* Maryland: "Prescrever os meios mediante os quais o governo deveria para sempre aplicar os seus poderes equivaleria a mudar por inteiro o caráter do instrumento e dar-lhe as propriedades de um código de leis" ("To have prescribed the means by which government should, in all future time, execute its powers, would have been to change entirely the character of the instrument and give it the properties of a legal code") (Marshall, *apud* Story, ob. cit., p. 328).

99. Story, *Commentaries...*, ob. cit., p. 322.

100. Marshall, *apud* W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, ob. cit., p. 59.

possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos.[101] Diz o eminente constitucionalista que se as palavras de um texto forem suscetíveis de duas interpretações, de conformidade com o uso e o senso comum, é de rejeitar-se aquela que colide com um ou com todos os objetivos estabelecidos pela norma e a cuja realização ela se propunha, adotando-se, ao revés, a interpretação tendente a promover e preservar os sobreditos interesses em toda a sua inteireza. Tal regra, acrescenta Story, resulta meramente dos ditames do senso comum, porquanto todo instrumento há de ser interpretado de sorte que *ut magis valeat, quam peneat*.[102]

A ilustração dessa tese, Story a oferece com a competência que a Constituição outorga ao Congresso para declarar a guerra. Senão, vejamos nas palavras textuais do constitucionalista: "A Constituição, por exemplo, confere ao Congresso o poder de declarar guerra. Ora, a palavra *declarar* tem várias acepções. Pode significar tanto proclamar como publicar. Mas ninguém haveria de cuidar que este fora o sentido em cuja conexão se empregara o termo. Deve interpretar-se na acepção em que a frase, quando aplicada a tal assunto, se usa entre as nações. O poder de declarar a guerra é um poder de fazer e empreender a guerra. Não é o mero poder de tornar conhecida uma coisa existente, senão o de dar vida e efeito à própria coisa".

A verdadeira doutrina, prossegue Story, a Suprema Corte a exprimiu: "Da imperfeição da linguagem humana, sérias dúvidas se erguem com respeito à extensão de qualquer poder conferido, aos objetivos em relação aos quais se instituiu esse poder, especialmente quando tais objetivos se acham expressos no próprio instrumento, devendo ter grande influência na interpretação".[103]

Coroando a tese da legitimidade dos meios empregados para fazer eficaz o desempenho de uma competência constitucional, Story assim fixa um dos pontos altos da doutrina clássica: "Na interpretação de um poder, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder. Tal resulta da natureza mesma e do fim de uma Constituição".[104] Acrescenta a seguir que o modo de exercer uma competência não exclui os demais, podendo ocorrer o seguinte: o modo eficaz e útil numa idade ou debaixo de uma determinada circunstância vem a revelar-se por inteiro inútil ou pernicioso noutra época.[105]

101. Story, *Commentaries...*, ob. cit., p. 327.
102. Story, ob. cit., p. 327.
103. Idem, ibidem, p. 327.
104. Idem, ibidem, p. 327.
105. Idem, ibidem, p. 328.

Prosseguindo a exposição da doutrina relativa à latitude dos meios e poderes implícitos, assevera ele: "Na execução prática do governo, os agentes da autoridade pública devem fruir de liberdade para exercer os poderes que a Constituição e as leis lhes cometeram. Devem ter uma larga margem discricionária quanto à escolha dos meios; e o único limite a essa esfera de discrição há de consistir na adequação dos meios ao fim (...). Se o fim for legítimo e estiver dentro no escopo da Constituição, todos os meios apropriados e claramente ajustados àquele fim, e não proibidos, podem ser constitucionalmente empregados para levá-lo a bom termo".[106]

Entende, pois, o abalizado constitucionalista que na interpretação da Constituição "não há nenhuma objeção sólida aos poderes implícitos". Declara que se a inteligência humana pudesse conceber um sistema de governo que nada deixasse às interferências ou aos lugares implícitos, é óbvio que tal diligência teria sido feita pelos arquitetos da Constituição. A realidade porém é diferente, acrescenta, para em seguida afirmar: "Não há no conjunto daquele admirável instrumento uma concessão de poderes que não traga consigo outros não expressos, mas vitais ao seu exercício; não substantivos e independentes, é fora de dúvida, mas auxiliares e subordinados. Não há nele nenhuma frase que, a exemplo dos artigos da Confederação, exclua poderes implícitos e incidentais e requeira que tudo quanto for concedido seja expressa e minudentemente descrito".[107]

Em suma, a regra máxima de interpretação constitucional ministrada acima por Story se condensa nesse ponto de universalidade e racionalismo: "Com efeito, nenhum axioma no direito ou na razão se acha mais claramente estabelecido que aquele, segundo o qual, onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda a vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo o poder particular necessário a efetivá-lo".[108]

B) Crítica à doutrina dos poderes implícitos

A reflexão interpretativa que resultou na doutrina americana dos poderes implícitos está, do ponto de vista ideológico, inteiramente vazada na concepção do Estado liberal, de que foram órgãos exponenciais, no pensamento constitucional dos Estados Unidos, homens como Story, Marshall, Webster e tantos outros. Podemos até dizer, sem exagero, que

106. Idem, ibidem, pp. 330/331.
107. Idem, ibidem, p. 331.
108. Idem, ibidem, p. 333.

se trata de uma das mais sólidas contribuições do liberalismo ao Direito Constitucional, compreendido este último numa acepção menos lata.

Os poderes implícitos estão para a hermenêutica constitucional assim como a separação de poderes para a preservação jurídica da liberdade. Ambos representam técnicas essencialmente lógicas e racionais extraídas de uma análise ao poder político, de uma Sociedade que, ao exibir determinada estrutura, já alcançou um certo grau de desenvolvimento institucional.

Se a separação de poderes é a técnica que com mais facilidade consente a identificação ou o reconhecimento de suas matrizes ideológicas, a teoria dos poderes implícitos, sem embargo de encobrir à primeira vista esse aspecto, não é menos vinculada historicamente ao processo liberal e à ideologia burguesa. E encobre tal aspecto de modo mais bem-sucedido, em razão de sua racionalidade aparentemente mais pura.

Com efeito, a regra interpretativa dos poderes implícitos se coloca numa altura de abstração a que dificilmente se levanta qualquer outra técnica jurídica, de quantas engendrou aquela forma de Estado. É desde logo, aparentemente, a que menos se deixou gravar pelos seus contornos ideológicos, a que exige mais penetração e acuidade para descermos às suas ocultas e verdadeiras nascentes, ou seja, para localizarmos a tábua de valores que a exprimiu e legitimou numa precisa ocasião histórica.

É, ao mesmo tempo, a técnica que, partidos os laços de origem, e conseqüentemente emancipada de toda a servidão ideológica, pode, com a máxima eficácia, se constituir num instrumento interpretativo de toda Constituição, não importa o conteúdo material nem as premissas teóricas fundamentais sobre as quais repouse. Vale assim de princípio deveras idôneo com que conduzir indiferentemente a construção jurídica do modelo constitucional sem relação necessária com este ou aquele quadro de princípios e valores, perante os quais pode de todo neutralizar-se. Em rigor, como instrumento aplicável, é mais uma técnica do que um princípio – princípio e técnica fora conjuntamente no constitucionalismo americano do século XIX.

A teoria dos poderes implícitos, oriunda da hermenêutica constitucional do Estado liberal, representa, por sem dúvida, dos mais formosos produtos da razão que o liberalismo introduziu no Direito. Com muito mais felicidade – diga-se aliás – do que a teoria dos direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, cujo teor material, como no caso da propriedade, fez de todo fácil a desmistificação de sua natureza histórica, passageira, imperdurável, bem como de seus ostensivos vínculos com a ideologia da sociedade burguesa, da qual fora fruto e expressão.

9. *A moderna interpretação da Constituição*

A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal.

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista.

A prevalência, daqui oriunda, do social sobre o jurídico, em razão do colapso das estruturas liberais, determinou em larga parte o observado declínio do Direito Constitucional, do mesmo passo que fez avultar o Direito Administrativo, um sucedâneo provisório, que, enquanto perdura a crise, se mostra mais apto e flexível a oferecer soluções pragmáticas, imediatas, concretas. Está assim mais perto daquilo que se chama a realidade constitucional. O Direito Administrativo se expande porém caoticamente, num quadro de ambigüidades e desequilíbrios verificados em cada sistema, cuja ordem constitucional parece haver sido posta em recesso por não haver o ordenamento político-social logrado estabilidade nem alcançado a necessária consolidação.

Sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente

rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o Estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes.[109]

Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões preconcebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produtor exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras.

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição. Passemos revista agora aos modernos métodos de interpretação constitucional, que procuram afastar-se do formalismo e edificar uma hermenêutica material da Constituição.

10. *O método integrativo ou científico-espiritual de interpretação da Constituição*

Um novo método interpretativo da Constituição, inteiramente distinto daquele de teor exegético, familiar aos positivistas do Estado liberal, foi desenvolvido no século XX por juristas alemães, tendo à frente Rudolf Smend, o criador da concepção integrativa da Constituição.

Com efeito, parte esse jurista do entendimento de que na Constituição temos uma ordenação jurídica do Estado ou, com mais precisão, um ordenamento em cujo seio transcorre a realidade vivencial do Estado, o seu processo de integração.[110]

109. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, pp. 94 e ss.

110. Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 189.

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.[111]

Não é por acaso, diz ele, que a Constituição consubstancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa.

A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa portanto com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral e de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto, ao contrário pois da modalidade de interpretação empregada pelo método usual dos positivistas e formalistas como Laband, o constitucionalista da era bismarckiana, a quem Smend repreende o ignorar a realidade e o conteúdo da norma.[112]

Refuta e critica Smend a distinção entre Direito Político ou Direito do Estado (*Staatsrecht*) e Direito Administrativo (*Verwaltungsrecht*) na medida em que essa distinção coloca o primeiro em estado de repouso e o segundo em movimento, tendo por objeto o funcionamento do Estado.

Declara a seguir o insigne jurista que ambos versam a vida pública, provavelmente em parte *a mesma* vida pública, mas ainda assim impende distingui-los pela diferença das questões suscitadas, ou seja, da problemática respectiva, bem como pelo objeto: um é direito de integração – o Direito Político ou Direito do Estado – ao passo que o outro é direito técnico, direito que ministra os meios de alcançar tecnicamente os fins especiais ou particulares de bem-estar.[113] Ou antes, numa terminologia mais acorde com a nossa nomenclatura jurídica: um é o Direito Constitucional (integrativo), o outro o Direito Administrativo (técnico).

A objeção mais pesada que as reflexões de Smend suscitam com respeito à técnica interpretativa dos formalistas do positivismo é indubitavelmente aquela referente à frieza ou indiferença com que eles, violentando a norma jurídica, costumam aplicá-la fora do conjunto no qual

111. R. Smend, ob. cit., p. 217.
112. R. Smend, ob. cit., p. 234.
113. R. Smend, ob. cit., p. 236.

cobra seu preciso sentido. Trata-se, segundo Smend, de uma singular ilusão desses formalistas esperar que a norma jurídica em toda a parte se sujeite à mesma interpretação e emprego, não importando sua conexidade com o direito público ou com o direito privado, com o direito formal ou com o direito material, com o direito político ou com o direito técnico, ou seja, em outras palavras, conforme já assinalamos, com o Direito Constitucional ou com o Direito Administrativo.

O traço capital de separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente *crítico* com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente *formal*, e que, segundo Smend, "decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados", submetidos a uma normatividade de todo abstrata.[114]

O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.[115]

Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por conseqüência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se "politiza" consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias.

114. R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", ob. cit., pp. 238/239. A "manipulação diária" da Constituição, sem atenção ao seu conteúdo, enfraquece-lhe a eficácia, conforme assinalam Leisner e Wimmer. Ora, não foi outra coisa que fizeram os seguidores da metodologia do positivismo formal ao aplicarem disposições constitucionais na época do Estado liberal. Mas o desprezo dos aspectos formais por parte dos adeptos da teoria material da Constituição, com uma valorização excessiva da realidade, causa também pelo lado oposto igual dano, porquanto abate o prestígio da lei máxima.

115. R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", ob. cit., p. 239.

Graças pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em conseqüência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metajurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado "o espírito da Constituição", que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis.

A Constituição é assim para Smend uma unidade de sentido, e o preenchimento desse sentido o seu princípio regulativo.[116] A unidade de sentido se traduz por igual num sistema de valor ou de cultura. Que resta portanto do *jurídico* na Constituição? Smend assim o explica em parte: "Se a natureza jurídica de uma Constituição reside antes de mais nada em seu sistema especial de combinação dos órgãos políticos superiores do Estado, então essa natureza não se haverá de compreender pela apresentação de um catálogo de competências ou por uma análise jurídico-formal das relações desses órgãos entre si", mas, acrescenta, pelas suas tarefas constitucionais de integração.[117]

Fora daí já não há caminho a seguir pelo intérprete, que deve ter sempre em conta a forma de Estado adotada pela Constituição, porquanto desse valor ou sentido fundamental derivam todos os corolários da interpretação constitucional. De Smend a Schmitt vai apenas um passo, quando o poderoso crítico do constitucionalismo de Weimar declara a Constituição uma "decisão de conjunto sobre o modo e a forma de existência".

11. O método interpretativo de concretização

Houve no século XX considerável renovação metodológica no exame de toda a matéria constitucional, com a aparição de novas direções interpretativas, que buscam em vão pôr termo às incertezas e querelas jurídicas oriundas principalmente da invasão e presença do princípio de estatalidade social nas Constituições.

A introdução desse novo princípio nos textos constitucionais abate a estatalidade jurídica ou lhe impõe manifesta desvalorização. Alçado a uma posição absorvente, aquele princípio fez de cada Constituição nas

116. R. Smend, ob. cit., p. 242.
117. Idem, ibidem, pp. 251/252.

épocas de crise menos uma lei do que um plano de governo, menos uma carta de direitos do que um projeto de administração, obseqüente não raro a premissas ideológicas que fazem realçar ao Estado, visto por esse prisma constitucional deformado, sua organização técnica e seus instrumentos de poder.

A interpretação se revela, debaixo de semelhantes condições, um meio fácil de tornar a Constituição maleável e prover racionalmente, por via técnica, sem compromissos inibitórios de limitação jurídica rígida, os fins do Estado em toda a requerida e almejada amplitude.

O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.[118] De modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo.[119] A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma "compreensão" do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a "compreensão prévia" do intérprete ao problema cuja solução se busca.

Essa "compreensão prévia" deve ser fundamentada e conscientizada, de sorte que o intérprete possa objetivamente dirigir-se "à coisa mesma", resguardado porém do arbítrio de impressões ocasionais ou hábitos mentais crônicos e arraigados.[120]

Assinala o mesmo expositor que é tarefa da teoria constitucional estabelecer os fundamentos dessa "compreensão prévia", que não sendo arbitrária, há de ser porém continuamente revista e corrigida em sua aplicação a cada caso político e concreto.

Disso resulta, no dizer de Ehmke, autor alegado também por Hesse, que a hermenêutica jurídica da Constituição se converte assim numa teoria material da Constituição.[121]

A "concretização" e a "compreensão" só são possíveis, conforme pondera Hesse, em face de um *problema concreto*, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois

118. "A interpretação da Constituição é concretização" ("Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung"), afirma Konrad Hesse, in *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 25.
119. K. Hesse, *Grundzüge*, ob. cit., p. 25.
120. K. Hesse, ob. cit., p. 26.
121. Ehmke, *apud* K. Hesse, *Grundzüge*, ob. cit., p. 26.

momentos distintos e separados.[122] A conclusão de Hesse é peremptória ao justificar o método dos concretistas constitucionais: "Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos" ("Es gibt keine von konkreten Problemen unabhängige Verfassungsinterpretation").

O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a "*compreensão prévia*" do intérprete e o *problema concreto a resolver*.

Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-axiomático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da idéia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um "procedimento tópico" de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.

A razão atua aí inventivamente (a Constituição mesma não proporciona todos os "*topoi*"), uma vez que tais pontos de vista só em parte se extraem da norma. Devem contudo vincular-se necessariamente ao problema que os limita, pois se não fora desse modo reinaria na consideração tópica o arbítrio do intérprete.

O procedimento interpretativo se move portanto numa esfera de livres alternativas, que se acham todavia demarcadas pela problemática mesma da interpretação e não se deduzem de uma regra genérica.

Esse método se inspira, em larga parte, na obra de Viehweg tanto quanto o método integrativo ou científico-espiritual é criação de Smend e da sua crítica à hermenêutica constitucional do positivismo. Outra fonte teórica que se deve examinar atentamente em conexão com a mais moderna corrente de intérpretes constitucionais é Niklas Luhmann e sua obra sociológica de compreensão do Direito como processo social de "redução de complexidade".[123]

122. K. Hesse, *Grundzüge*, ob. cit., p. 26.

123. V. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, vs. 1 e 2.

12. *Crítica aos modernos métodos de interpretação constitucional*

Não resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la. A interpretação nos sistemas rígidos do constitucionalismo formal será tanto mais importante e necessária quanto mais altos forem os obstáculos levantados à mudança de curso da Constituição ou ao processo técnico de sua reforma. A rigidez provoca assim e faz avultar as exigências interpretativas conduzidas segundo critérios evolutivos que possam consentir uma rápida adequação histórica dos textos aos imperativos tácitos da mudança constitucional, sem violência ao espírito do ordenamento jurídico fundamental.

A compreensão sistêmica dos organismos políticos mostra os graves riscos e inconvenientes que nascem da obstinação em represar por meio de mecanismos jurídicos a ação revisora, quando essa atende a irreprimíveis necessidades de acomodar a Constituição com reivindicações indeclináveis num quadro social e político por natureza dinâmico e movediço, em processo de mudança, qual aquele observado hoje nos países em desenvolvimento.

Mas a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou "inventa" *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições.

É claro que os modernos métodos interpretativos floresceram por obra do anacronismo da hermenêutica formalista, impotente desde a Constituição de Weimar em acompanhar e explicar a transformação por que passaram as Constituições no século XX. Já não era possível prestar contas de variações emergenciais de sentido, cada vez mais freqüentes, valendo-se apenas dos recursos lógicos ministrados pela interpretação

Tem capital importância para a compreensão dos fundamentos do método interpretativo de concretização a obra *Topik und Jurisprudenz*, de Theodor Viehweg, publicada em Munique, em 1953. Constitui um dos mais fecundos repositórios de conceitos que renovaram e de certo modo revolucionaram o estudo filosófico do Direito na segunda metade do século XX, sobretudo na Alemanha. A parte do livro sobre "análise do tópico" é de substancial interesse para o método de interpretação concretista na esfera do Direito Constitucional.

formal, que naturalmente obrigavam o intérprete a ignorar o conteúdo da norma, a distanciar-se com segurança do lado material do problema, a situar-se enfim regaladamente à margem do respectivo mérito.

O casuísmo interpretativo na jurisprudência constitucional de alguns países como a Alemanha, por exemplo, decorre sem dúvida das falhas dos métodos tradicionais, de suas regras interpretativas inaplicáveis a casos ou questões que pedem interpretação diversa e especial, vinculada ao objeto e ao problema particularizado na lide constitucional.

Acontece porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

Essa desorientação e perplexidade de intérpretes, que continuamente se arredam do texto para abraçar-se, em face das peculiaridades de cada situação, a um sentido concreto da norma, ou a uma valorização da regra normativa pelo sistema ou ainda a uma pretensa interpretação "conforme a Constituição", esse largo teto debaixo do qual se abrigam todas as soluções possíveis e imprevisíveis, apenas traduz a dificuldade desesperadora e angustiante de transmudar o Estado social ou de justicialismo num Estado de Direito, preservador do patrimônio clássico das garantias individuais.

Aliás um jurista alemão já atentara com perspicuidade para esse aspecto inelutável na evolução da moderna hermenêutica constitucional: a destruição da Constituição como lei, sobretudo em decorrência do emprego das modalidades de interpretação cultural ou axiológica (análise de valores) da corrente integrativa.[124]

Observa-se por outra parte que a moderna interpretação facilita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se divorciam, por essa via evasiva, da rigidez dos cânones constitucionais. Muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desses métodos, uma volta pura e simples a uma interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento numa Constituição que lhe serve apenas de respaldo formal.

124. Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel – Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, p. 154.

A Constituição é aí um meio de resistência (autoritarismo de reação) ou um meio de transformação (autoritarismo de mudança), conforme respectivamente o caráter conservador ou radical do instrumento constitucional em presença do sistema político. A Constituição normativa representa nesse caso um expediente neutro de organização técnica, sem nenhum sentido profundo de juridicidade, sendo simplesmente a ferramenta que se emprega segundo a tábua dos novos valores que a ideologia dominante elegeu e impôs.

Esses métodos, afrouxando os laços jurídicos da normatividade, têm prosperado com o colapso de racionalidade das Constituições. Sua aplicação em alguns Estados como a Alemanha já proporcionou uma certa mudança de conteúdo da Constituição, mais vasta e considerável que todas as reformas constitucionais por via do formalismo revisionista.

Dissolvendo na casuística a lei constitucional, a moderna hermenêutica provoca do mesmo passo uma incerteza ou insegurança manifesta com respeito ao Direito Constitucional, às suas formas, institutos, técnicas e conceitos. Presume-se, com apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima.

Haja vista, a esse respeito, o caso da Alemanha, assinalado por Forsthoff, onde, em face da aplicação da moderna metodologia, o tribunal constitucional já não se cinge ao papel de guarda ou protetor da Constituição, senão que se arvora em titular de fato das prerrogativas de órgão representativo constituinte.[125]

Atente-se também no risco usurpatório da tarefa que ele se arroga, quando intenta inculcar um "controle prévio" sobre a atribuição legislativa, após declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pretendendo antecipar o seu conteúdo correto ao querer vincular o comportamento posterior e eventual do legislador na ocasião em que este houver de retomar a disciplina normativa da matéria objeto da norma anteriormente inquinada de inconstitucionalidade.

Assevera aquele mesmo autor que a aplicação do novo método acarretou sensível perda na função estabilizadora da Constituição. Empregado nos sistemas políticos de garantia judiciária deficiente como o dos países em desenvolvimento, a moderna hermenêutica constitucional poderá causar transtornos e abalos à ordem jurídica.

Mas em compensação os novos métodos têm engendrado fora talvez do Direito Constitucional e no âmbito já da Sociologia Política novas e

125. E. Forsthoff, ob. cit., p. 170.

pragmáticas formas de estabilidade extraconstitucional, que concorrem eficazmente ao equilíbrio do Estado distributivista que é o Estado social.[126]

O constitucionalismo contemporâneo sacrifica a *juridicidade* das Constituições para não raro cair exatamente no extremo oposto de uma valorização exclusiva e unilateralíssima do *social*, a cujos fins a nova hermenêutica, quando utilizada sem a indispensável cautela crítica, se mostra obseqüente e servil. Tudo isso em dano do Estado de Direito, conforme veremos.

As Constituições do século XX, desde a do México e a de Weimar, se tornaram mais sociais do que políticas. O trágico porém é que o social pode prescindir das Constituições e do seu formalismo, com desfalecimento ou desfalque da importância atribuída ao molde jurídico contido no Estado de Direito. Sem esse molde as liberdades individuais não serão possíveis. A brutalidade do fato real é que as massas querem a participação e o distributivismo do Estado com ou sem Constituição. O subjetivismo dos novos métodos interpretativos redunda assim na quebra e decomposição da juridicidade das Constituições, que logram por essa via o seu nível mais alto e privilegiado de politização, donde decorre em conseqüência uma legitimidade fácil e desimpedida com que amparar todas as soluções do poder.

O que é subjetivismo com respeito à lei se converte aí em objetivismo com respeito ao sistema. A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo – o do intérprete –, por outro subjetivismo – o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente opressiva e desvantajosa pela possibilidade que traz de destruir o Estado de Direito.

Não se deve contudo perder de vista que os modernos métodos interpretativos compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança e transição, que aguardam ainda a conciliação da legitimidade hegemônica com a legalidade em declínio ou recuo, às vésperas de uma eventual substituição.

Não é possível todavia dispensar os préstimos dessa metodologia, nomeadamente naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social. Do contrário a plenitude da velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social, cuja correnteza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido ou escavado.

126. Idem, ibidem, pp. 172/173.

A interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento. É nestes que os nascentes métodos aplicados no século XX exercem sua máxima função estabilizadora com relação aos sistemas políticos, fazendo exeqüível a possibilidade de o Estado social compadecer-se com o Estado de Direito num regime de equilíbrio, cuja firmeza relativa se mede por graus.

Nos países em crise a autonomia mínima da Sociedade perante o Estado faz irremediável a sujeição das Constituições a esse tipo de hermenêutica a que nos reportamos. No constitucionalismo da Sociedade pós-industrial, porém, dotada já de altos níveis de estabilidade, e onde a Sociedade, ao despolitizar-se, recobra do mesmo passo uma certa margem de autonomia perante o Estado, é possível vislumbrar a saudável eventualidade de um retorno aos velhos e comprovados métodos da hermenêutica jurídica tradicional, porquanto as relações sociais já se acham ali cimentadas num Estado de Direito, que, vitorioso, atravessou com suas instituições políticas e econômicas a crise material da Sociedade, crise tão sentida, assoberbante e decisiva nos países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Capítulo 14

OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA HERMENÊUTICA

1. O método tópico de interpretação constitucional. 2. O método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição. 3. Um método concretista de inspiração tópica (a nova hermenêutica constitucional de Friedrich Müller). 4. A crítica aos métodos positivistas. 5. Perfil e crise das Constituições. 6. A Constituição referida a uma estrutura de normatividade. 7. Uma estruturação concretista do Direito e da realidade: o âmbito da norma fundamenta a normatividade. 8. A "metódica estruturante" na concretização das normas constitucionais. 9. O método concretista da "Constituição aberta": A) A interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato. B) Quem são os intérpretes da Constituição na acepção lata? C) Pluralismo, racionalismo crítico e mudança constitucional na teoria da "Constituição aberta". D) A democracia na "Constituição aberta" e a crítica à nova metodologia. 10. O método de interpretação "conforme a Constituição".

1. O método tópico de interpretação constitucional

Com a tópica inaugurou-se para a hermenêutica contemporânea uma direção indubitavelmente renovadora. A retomada desse caminho cognitivo no campo jurídico se deve a Theodor Viehweg com a publicação, em 1953, de *Tópica e Jurisprudência* (*Topik und Jurisprudenz*). Motivou esse livro reflexões profundas sobre o Direito, o Estado e a Constituição, a partir de uma concepção metodológica se não desconhecida, pelo menos desde muito abandonada.[1]

1. Foi Nicolai Hartmann o pensador que no campo filosófico contrapôs modernamente duas modalidades fundamentais de pensamento: o sistemático e o aporético (N. Hartmann, *Diesseits von Idealismus und Realismus*, pp. 160/206). Abriu ele assim caminho à restauração da tópica, como aconteceu com mais vigor na esfera da ciência jurídica, a partir da década de 50 graças à obra de Viehweg, conforme vimos.

A caracterização do raciocínio sistemático se reveste em Hartmann da seguinte feição: "O pensamento sistemático parte do todo. A concepção é aqui primordial e permanece dominante. Não buscamos aqui o ponto de vista senão que o presumimos... Conteúdo de problema que não se compadece com o ponto de vista é recusado" ("Systematische Denkweise geht vom Ganzen aus. Die Konzeption ist hier das Erste und bleibt das Beherrschende. Nach dem Standpunkt wird hier nicht gesucht, er wird zuallerrest eingenommen... Problemgehalte, die sich mit dem Standpunkt nicht vertragen, werden abgewiesen") (N. Hartmann, ob. cit., p. 163).

Quanto ao pensamento aporético, escreve ele: "O modo aporético de pensar em tudo procede de forma diferente. Os problemas antes de mais nada se lhe afiguram sagrados. Não conhece nenhum fim da pesquisa que não seja o da investigação do problema mesmo... O próprio sistema não lhe é indiferente, mas vale para ele apenas como idéia, como perspectiva. Não põe ele em dúvida a existência do sistema, apenas encontra o que o determina latente em seu próprio pensamento. Disso está certo, ainda quando o não compreenda" ("Aporatische Denkweise verfährt in allem umgekehrt. Ihr sind die Problem vor allem heilig... Sie kennt keine Zwecke der Forschung neben der Verfolgung der Problem selbst... Das system selbst ist ihr nicht gleichgültig, aber es gilt ihr nur als Idee, als Ausblick... Sie zweifelt nicht daran, dass es das System gibt, nur das es vielleicht in ihrem eigenen Denken latent das Bestimmende ist. Darum ist sie seiner gewiss, auch wenn sie es nicht erfasst") (N. Hartmann, ob. cit., p. 164).

Com efeito, o pensamento tópico fora familiar a Aristóteles, que já o contemplava como meio de lograr o consenso ou a evidência da verdade, ou seja, "o que a todos, ou a grande maioria ou aos doutos se lhes afigurava verdadeiro".

Com Vico, na idade moderna, a tópica se viu preservada e defendida contra a onda de cartesianismo e a manifesta preferência dada aos métodos matemáticos ou científico-naturais, tão em voga no século XVII e durante a primeira metade do século XVIII.

Em *De Nostri Temporis Studium Ratione*, mostrou-se o pensador italiano um enérgico defensor da *ratio studiorum*, dos antigos, volvida para a prudência e a sapiência, em contraste com a inclinação dos contemporâneos que, empregando o método "crítico", cultivavam a ciência e faziam profissão de fé nos conceitos racionais como os únicos que deveriam abrir as portas de acesso à verdade. Mas Vico não evitou que a tópica caísse em esquecimento, como decorrência do prestígio das posições cartesianas no domínio filosófico.

Ocorre porém que a exaustão posterior do positivismo racionalista, a par da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método. Tal se verificou na esfera do Direito há mais de vinte anos, graças a Theodor Viehweg, em razão justamente da insuficiência do método "científico" dos naturalistas e também do malogro das correntes idealistas que procuraram por outras vias resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva.

"O pensamento jurídico é tópico" – foi o lema do novo combate que iria refazer toda a discussão sobre a metodologia contemporânea do

direito. A obra de Viehweg causou na Ciência do Direito sensação igual à de David Easton na Ciência Política, de que ambos se tornaram os respectivos renovadores.

O prestígio da tópica em toda a Alemanha logo se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes – Wieacker, Esser e Coing – seguida do apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke, relatores do tema "Princípios de Interpretação Constitucional", exposto na assembléia de 1961 dos professores de direito público daquele país. Inclinaram-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse.

"Pensar o problema" constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana.[2]

Contudo, tanto em Viehweg como em Esser, parece haver lugar para um confronto entre o pensamento "tópico" (idêntico ao "aporético", em Viehweg, como assinala Kriele) e o pensamento "sistêmico", na acepção que lhe foi conferida por Nicolai Hartmann, segundo observa ainda o mesmo Kriele.[3]

O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento "dedutivo", ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, estaria esta última sempre volvida para a determinação do "respectivamente justo", ou seja, para a solução peculiarmente adequada a cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. "A situação – diz Esser – deve ser compreendida em toda a sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de uma solução."[4]

Definindo os *topoi* ou *loci*, Esser os reputava "pontos de vista pragmáticos de justiça material" ou de "estabelecimento de fins jurídico-políticos" ou, ainda, segundo a acepção clássica, pontos retóricos de partida para a argumentação do problema.[5]

2. Joseph Esser, *Vorverständnis und Methodenwahe in der Rechtsfindung*, p. 155.

3. Martin Kriele, *Theorie der Rechtgewinnung*, p. 117.

4. Josef Esser, ob. cit., pp. 156/157.

5. Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 44.

O contraste tópica e sistema reaparece em Schneider, terminologicamente dissimulado, quando se estabelece a distinção entre "elementos cognitivos e volitivos" do conhecimento jurídico. O volitivo é aí um instrumento do método tópico e o cognitivo um dado característico da inquirição dedutiva, lógica e sistemática.[6]

Com a intervenção crítica de Martin Kriele se esclareceu posteriormente que a antinomia tópica-sistema não tinha a procedência de início vislumbrada, repousando portanto num equívoco. O brilhante jurista na terceira e quarta teses sobre a tópica como método jurídico demonstrou ser ela cabalmente destituída de fundamento.[7]

Caracterizou Viehweg a tópica como uma "técnica de pensar o problema", ou seja, aquela "técnica mental que se orienta para o problema".[8]

Atualizou o jurista uma velha fórmula, tendo em vista a solução de problemas concretos na esfera do direito.

Da tópica clássica, concebida como simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, encabeçada por aquele jurista de Mogúncia compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente.

Trata-se de uma técnica de chegar ao problema "onde ele se encontra", elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada.

"Os limites da tópica – escreve Zippelius – se encontram já na sua função instrumental. Ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem contudo por si mesma – como simples técnica de debate – oferecer sozinha o suficiente fundamento da solução."[9]

6. Veja-se Peter Schneider: "Constitui hoje uma evidência que o 'conhecimento judicial' possui elementos tanto cognitivos como volitivos e que esse 'conhecimento' equivale à pretensão de validez da sentença" ("Es gehört heute wohl zu den Selbstverständlichkeiten, dass dem richterlichen 'Erkenntnis' kognitive wie volitive Elemente eignen und dass 'Erkenntnis' mit dem Geltungsanspruch des Urteils gleichgesetzt wird") (Peter Schneider, in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL, fasc. 20, p. 34 e Martin Kriele, ob. cit., p. 18).

7. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, ob. cit., p. 150.

8. T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, p. 167.

9. Reinhold Zippelius, "Problemjurisprudenz und Topik", in *Neue Juristich Wochenschrift*, fasc. 48, p. 2.233.

Sem embargo da sensação que provocou como um modismo feliz da metodologia contemporânea, a tópica foi de certo modo o coroamento de preocupações que já se podiam pressentir desde a velha jurisprudência dos interesses, de Philipp Heck, também volvida para a consideração de problemas, tidos como "questões abertas" ao pesquisador.[10]

A investigação crítica das causas e origens da tópica dificilmente pode ignorar o estado em que se encontrava a Ciência do Direito na década de 1950. A surpreendente renovação das reflexões jusnaturalistas, desde a conversão de Radbruch ao direito natural, produzira resultados aquém das expectativas. Haviam sido muitas as esperanças depositadas naquele movimento, pois o positivismo jurídico por todas as suas escolas e correntes parecia submerso numa impotência doutrinária, simbolizada pelas descrenças postas na sua metodologia.

Em grande parte essa metodologia estava a refletir um racionalismo que já se exauria, inclusive em formalismos estéreis, como haviam sido os do normativismo levado às suas últimas conseqüências.

A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis.

Sendo por esse aspecto – o aspecto metodológico manifesto – uma reação ao malogro do positivismo, a tópica não representa, como ressaltou aquele jurista, um compromisso com as concepções antipositivistas, quer do direito natural, quer da filosofia dos valores, porquanto volvida concretamente para solucionar problemas, traz o inafastável traço de uma abertura completa, compatível com todas as direções possíveis do pensamento jurídico-filosófico.[11]

10. "O pesquisador a seguir procura compreender o problema como uma questão aberta, tanto quanto possível. Depois, a partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as imagináveis soluções e fundamentações para cada problema. A conclusão se forma pela avaliação das fundamentações dos prós e contras das distintas soluções e desse modo se chega à decisão final" ou: "Os problemas se nos oferecem como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões" ("Der Forscher sucht zunächst das Problem möglichst bestimmt als offene Frage zu erfassen. Dann werden von dieser Grundhaltung aus die verschiedenen denkbaren Lösungen und die Anhaltspunkte für jede von ihnen hesvorgeholt und angeschaut. Den Schluss bildet die Abwägung der Anhaltspunkte für und wider die verschiedenen Lösungen und dadurch die schliessliche Entscheidung" ou "Die Problem begegnen und als Problem-komplexe und die Entscheidungen als Entscheidungenggruppen"), in Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, pp. 149 e ss.

11. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, ob. cit., p. 150.

A tópica provocou também fortes reações críticas e doutrinárias. As mais contundentes procedem de juristas preocupados com a metodologia do direito, sobretudo aqueles inclinados a uma visão sistemática da ciência jurídica. Fizeram ressaltar na controvérsia a oposição da tópica a todas as concepções de sistema, quando em verdade o que a *ars inveniendi* não admite é o sistema fechado, lógico-dedutivo. O caráter antisistema da tópica, apontado pela crítica, não desfez o prestígio da nova técnica, que prospera como base de reformulação a muitas correntes devotadas ao problema metodológico e principalmente ao trabalho interpretativo na ciência do direito.

A ciência jurídica européia (continental), a despeito da surpresa causada pela restauração da tópica, tinha já na jurisprudência dos interesses e na escola livre do direito (*Freirechtschule*) as tendências básicas de uma teoria material do direito, que a obra de Viehweg viria depois fecundar, dando ensejo a todas as variantes conhecidas contemporaneamente no campo da hermenêutica e do Direito Constitucional.

O direito anglo-americano do *case law* revela uma estrutura tópica que faltava ao direito europeu codificado e sistematizado. Na esfera teórica o conceito de interesse introduzido por Ihering já possuía, segundo Viehweg, sem embargo de refutação que nesse ponto lhe faz Diederichsen, a feição de uma categoria tópica, sendo a jurisprudência dos interesses estruturalmente de natureza tópica.[12]

As três principais objeções de Diederichsen à nova técnica cifram-se no seguinte: com o conceito de tópica não se exaure por inteiro a substância íntima da jurisprudência, ou seja, aquilo que nela, em diferentes épocas, os juristas sempre viram; seríamos injustos com a jurisprudência se estreitássemos, de modo unilateral, seu conceito de sistema e, enfim, a tópica nenhum método representa em condições de fazer mais segura a aplicação do direito.[13]

Entende Canaris, porém, que a tópica não é método que se deva abandonar de todo. Proclama-lhe a utilidade como instrumento auxiliar em determinados casos de lacunas na lei, cujo preenchimento se torne difícil pela inteira ausência de valorações no direito positivo. Igual préstimo também lhe é reconhecido em casos de eqüidade, para satisfazer a

12. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, ob. cit., pp. 64 e ss. e Uwe Diederichsen, "Topysches und systematisches Denken in der Jurisprudenz", in *NJW*, 16, p. 698.

13. U. Diederichsen, "Topysches und systematisches Denken in der Jurisprudenz", ob. cit., p. 705.

tendência individualizadora da justiça, numa argumentação voltada para um problema isolado e de âmbito deveras estreito. A tópica intervirá aí como processo adequado, ditando a solução mais apropriada.[14]

Sustentando, ao contrário de Viehweg, que a tópica não abrange toda a estrutura da jurisprudência, Canaris vê a singularidade do "pensamento tópico" menos em "pensar o problema" do que na característica da legitimação de suas premissas através da "endoxa", ou seja, o conceito aristotélico da "opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios", em suma, através essencialmente do senso comum (*common sense*).[15]

Deplora ele também que os adeptos da tópica não estabeleçam distinção suficiente entre as tarefas da legislação e da jurisprudência e afirma que esta última trata de compreender valorações já determinadas não tendo nada que ver com a escolha de premissas "tópicas".[16]

Demais, assinala Canaris, o raciocínio tópico corre sempre o perigo de menosprezar o mandamento da congruência e da unidade intrínseca da ordem jurídica por voltar-se com demasiada intensidade para a compreensão do problema isolado da maneira mais estreita possível.[17]

Os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto – a Constituição – que, sobre a dimensão jurídica, comporta uma outra lata, de natureza política, entretecida de valores – o que fazia deveras precário o emprego da hermenêutica tradicional.

Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional.

14. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 150/151.

15. Ob. cit., p. 159.

16. C. W. Canaris, ob. cit., p. 160.

17. Ob. cit., p. 160.

A tópica parece haver chegado assim na hora exata quando as mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo.

A Constituição representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma "estrutura aberta" e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.

Diante desses obstáculos, só a tópica, como hermenêutica específica, estaria adequada metodologicamente a resolver dificuldades inerentes à Constituição nos seus fundamentos.

Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado.[18] Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa.

Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa.

Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo graus de hierarquia entre os distintos *loci* ministrados pela tópica.

A Constituição com a metodologia tópica perde até certo ponto aquele caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. A tópica abre tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer se queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal.

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza

18. Veja-se Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation Bestandaufnahme und Kritik", in *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 46, p. 2.092.

politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica.

Todos os meios interpretativos, segundo a nova escola, podem ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de "compreensão prévia" (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição.

Nessa compreensão prévia e nesse consenso se acham talvez as bases de estabilidade e também de legitimidade da nova metodologia que, abalando a estrutura jurídica formal, de certo modo menospreza os cânones clássicos da interpretação e dissolve o formalismo da Constituição. E o dissolve naquela camada de elementos materiais e concretos, em cujo âmbito o problema é posto.

O consenso, que serve de pedestal ao decisionismo do caso concreto, não é das noções mais claras da tópica constitucional. Horst Ehmke o explica como aquela força de convicção que não emana dos tribunais (referia-se diretamente ao *Bundesverfassungsgericht* de Kalrsruhe), mas de "todos os que pensam com justeza e sensatez" (*Vernünftig– und Gerecht-Denkenden*) e que vêm a ser, segundo ele os nomeia, os mestres do direito e os juízes, aqueles que fazem a "doutrina dominante" e a "jurisprudência pacífica". Caso faltem, segue-se-lhe ainda o consenso da comunidade inteira.[19]

A tópica representa, enfim, o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais.

2. *O método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição*

A tópica (Viehweg) e a corrente científico-espiritualista de fundamentos realistas (Smend) compõem as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição, ainda agora em processo de elaboração teórica e de reação ao excesso de formalismo e juridicidade das correntes positivistas.

Fizeram os positivistas o direito do Estado liberal descrever uma trajetória de abstração e racionalismo que vai desde o direito natural da fase revolucionária ao direito positivo da época de sua consolidação.

19. Horst Ehmke, *VVDStRL* 20, pp. 71-72.

Quando esse direito positivo perdeu os fundamentos históricos e reais que o justificavam em termos de historicidade, a saída de sobrevivência, uma vez peremptas as bases ideológicas do liberalismo, foi a redução formalista a que se viu conduzido pelo formalismo extremo e normativista da teoria pura do direito.

A tópica tem que ser compreendida portanto no quadro das conseqüências advindas da reação ao positivismo jurídico clássico e no clima de inteira descrença quanto a uma restauração jusnaturalista, como a que se intentou na Alemanha ao fim da década de 40, após as feridas abertas na consciência do Ocidente pela tragédia da Segunda Grande Guerra Mundial.

Que é a tópica, essa grande novidade no pensamento jurídico europeu da segunda metade do século XX? Otte, Alexy e Horn, arrimados em Viehweg e Esser, respondem excelentemente: uma técnica de investigação de premissas, uma teoria da natureza de tais premissas bem como de seu emprego na fundamentação do Direito e, enfim, uma teoria de argumentação jurídica volvida primariamente para o problema, para o caso concreto, para o conceito de "compreensão prévia" (*Vorverständnis*), único apto a fundamentar um sistema material do Direito, em contraste com o sistema formal do dedutivismo lógico, carente de semelhante fundamentação.[20]

Como esteio e reflexão científica de uma teoria material do Direito, e por extensão da Constituição também – pois nesta se acha a moldura que consente aos conteúdos materiais se positivarem com mais nitidez –, a tópica assume no debate científico contemporâneo e na análise dos conceitos que se prendem à pesquisa e à aplicação do Direito importância só comparável àquela que teve outrora a teoria pura do direito de Hans Kelsen, ao fixar as últimas fronteiras de um formalismo extremo, sequioso de estabelecer, em definitivo, a cientificidade do conhecimento jurídico.

A tópica é o tronco de uma grande árvore, que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias

20. Veja-se G. Otte, "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben", in *Rechtstheorie* 1, pp. 183-197 (1984); Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 39; Norbert Horn, "Zur Bedeutug der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens", in *NJW*, fasc. 14, p. 604 e Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahe in der Rechtsfindung*, p. 136.

retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à *praxis* e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional. Nesse ponto já se pode dizer que a tópica ultrapassa, a um tempo, o sociologismo no Direito, o formalismo normativista e o jusnaturalismo, bem como a concepção sistêmica e dedutivista, de cunho meramente formal, com antecedências clássicas no pandectismo e na jurisprudência dos conceitos.

No campo constitucional, a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina. Mas corre ela o grave risco de tomar na esfera do Direito Constitucional uma dimensão metodológica cujos reflexos, impelida a teoria aos últimos efeitos, seriam ruinosos para a normatividade da Constituição.

Fazendo do "problema" o seu eixo e da *inventio* uma tarefa implicitamente lícita ao intérprete, a tópica parece não traçar limites à criatividade.

Dentro dos arraiais teóricos dessa corrente surgiram juristas comprometidos com a teoria material da Constituição, que buscaram uma saída metodológica para a crise em que a tópica tende igualmente a mergulhar, a partir de suas premissas fundamentais, a exemplo de algo que já ocorrera dantes com a jurisprudência dos interesses e principalmente com a escola livre do Direito, a saber, aquelas correntes cujos exageros configuraram uma certa impotência teórica em lançar alicerces mais seguros, como novamente se vem buscando, a uma teoria material do Direito e, por via de extensão, a um conceito mais flexível e dinâmico do Direito Constitucional, amoldado às exigências de nossa época e à crescente fluidez da realidade social subjacente.

Dentre os referidos juristas destacamos aqui a figura singular do Professor Friedrich Müller, Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, que ora desenvolve um método racionalista de interpretação constitucional, em que procura deixar estruturada uma hermenêutica que permita explicar a Constituição, sem perda de sua eficácia, e como ela realmente se apresenta, com vínculos materiais indissolúveis, fora da própria antinomia tradicional por onde se operava a separação irremediável entre a Constituição formal e a Constituição material.

3. *Um método concretista de inspiração tópica (a nova hermenêutica constitucional de Friedrich Müller)*

O método de Müller é concretista. Tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em

diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta.

Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional.

A interpretação em Müller, tanto quanto nos demais concretistas (Konrad Hesse e Ehmke, por exemplo), se qualifica como concretização e a concretização, vice-versa, como interpretação. Mas interpretação de quê? Da norma. Que é porém a norma? Aqui está o cerne da originalidade contida na posição desse jurista quando responde a tal indagação, conforme intentaremos expor.

Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico.

A concretização possui assim um raio de abrangência muito mais largo e a respectiva "metódica", na linguagem do autor, abraça todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito.[21]

A variante do concretismo de Müller se apóia em reflexões críticas acerca da jurisprudência firmada pelo Tribunal constitucional de Karlsruhe. Reflete essa jurisprudência uma posição concretista e pragmática levantada e apregoada reiteradas vezes com um certo caráter programático por aquele Tribunal; mas ainda assim dotada de manifesta insuficiência material dos pontos de vista expendidos e de algum modo atada "ao dogma pandectista e voluntarista" da ciência jurídica alemã do século XIX, o que torna inaceitável referida metodologia como instrumento de compreensão e interpretação das Constituições.[22]

O erro daquela jurisprudência, segundo se deduz da palavra do constitucionalista, é intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos cânones da hermenêutica clássica, que se volta, por todos os seus métodos, para a determinação da vontade objetiva da lei.

21. Friedrich Müller, *Rechtsstaatliche Form, demokratische Politik-Beitrage zu Öffentlichem Recht, Methodik, Rechts– und Staatstheorie*, p. 146.

22. F. Müller, ob. cit., p. 150.

O erro se agrava na medida em que o Tribunal contraditoriamente se arreda dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos de seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais por exemplo alguns *topoi* ou pontos de vista, como o princípio da unidade da Constituição e a chamada "natureza das coisas", estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny. Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Müller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base em alterações fáticas do mundo social, a importância constitutiva com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão.[23]

Procura Müller demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível a esta altura questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a Constituição e que devem logicamente conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas.[24]

Mas estes, como no caso do sobredito Tribunal em algumas decisões, forcejam debalde por dissimular com a metodologia clássica o ingresso de numerosos fatores normativos, de caráter material, que se introduzem na tarefa interpretativa e costumam ser objeto ali de uma remissão conjunta à "realidade", expressão larga e acolhedora, em cujo território se aquartelam os elementos de normatividade fática.

Quando a hermenêutica os reconhece para insulá-los numa esfera distinta, já constitui isso de certo modo um progresso.

Em verdade, a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afinco por evitar. A falta de congruência metodológica fez a Corte de Karlsruhe, segundo Müller, de uma parte confessar-se adepta da metodologia interpretativa tradicional, doutra,

23. F. Müller, ob. cit., p. 152.
24. F. Müller, ob. cit., p. 152.

sempre que os antigos métodos malogravam, empregar, sem fundamentação, subsídios materiais de interpretação constitucional, num pragmatismo caótico, à míngua evidentemente de elementos racionais extraídos da realidade mesma que se interpreta.[25]

4. A crítica aos métodos positivistas

As posições teóricas do positivismo formal – o positivismo da lei – são em matéria de interpretação constitucional rudemente acometidas pelo Mestre de Heidelberg. Lembra ele como a Alemanha até alguns anos após a Primeira Grande Guerra Mundial fora dominada por uma espécie de positivismo formal e legalista, cujas origens ele coloca no método lógico-dedutivista de Laband, um "método jurídico" de aparente neutralidade mas em rigor destinado a tolher a crítica e a manter na época um determinado *statu quo* político e ideológico: o antiliberalismo de Bismarck.[26]

É a idêntica crítica que depois se fez, com toda a procedência, ao pseudoneutralismo da teoria pura do direito de Kelsen, tão ideológica quanto a metodologia de Laband, de que é aliás, num amplo sentido, a continuidade mesma.

A Constituição para o positivismo jurídico é tão-somente sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma, conforme acrescenta Müller, um ato de vontade do Estado expresso em forma de lei ("ein Willensakt des Staates in Gesetzesform"). A Ciência do Direito nada tem que ver nessa concepção com os fatos históricos e sociais contemporâneos. Se o Direito não os nega, lhes é contudo indiferente.

Demais, assevera o mesmo pensador, o credo positivista vislumbra no direito vigente um sistema de proposições jurídicas sem lacunas. Caso estas surjam na regulação positiva expressa, a construção jurídica em cada caso as preencherá com os princípios e os fundamentos do direito positivo.[27]

A norma jurídica concebida como um comando real ou ainda como uma premissa maior, lógico-formal, que se formaliza, eis a essência da teoria normativa do positivismo no entendimento de Müller, que também lhe irroga o haver estabelecido o dualismo direito e realidade, norma e realidade normativa, como se fossem duas categorias justapostas e

25. Ob. cit., p. 155.
26. F. Müller, ob. cit., p. 158.
27. Ob. cit., p. 158.

incomunicáveis, que só se encontrariam na subsunção de um fato – premissa menor – numa premissa maior: a norma.[28]

Assinala também Müller, como um dos característicos do positivismo e de seus métodos interpretativos, o haver estabelecido a identidade da norma com o texto da norma e que esse entendimento ainda predomina no campo do Direito Constitucional, fazendo da "metódica" uma simples "metódica" de interpretação de textos de linguagem, com recurso às regras artificiais da hermenêutica clássica.

De modo que – assevera o constitucionalista – a norma "não é mais do que uma proposição idiomática, posta no papel" e sua "aplicação" para o positivismo formalista se exaure numa interpretação de texto, quando isso não é verdade, porquanto o processo de concretização deve tomar em conta três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo.[29]

Os métodos auxiliares da metodologia tradicional herdados a nossa época são incompletos, em face da latitude e da complexidade que toma na sociedade industrial o fato político, influenciando o Direito Constitucional, e ressaltando-lhe esse aspecto, em detrimento da juridicidade, cujo colapso a metodologia concretista parece à primeira vista acelerar, dissolvendo a normatividade das Constituições.

5. *Perfil e crise das Constituições*

O método racionalista e concretista de Müller tem porém a boa intenção de vir em socorro da Constituição, para fazê-la compreendida em face do espaço real que lhe fugia, trazendo-o de volta ao âmbito da regulação constitucional, consideravelmente estreitado pelo formalismo positivista.

A tópica interpretativa desse autor fez um largo esforço de recuperação em que se procura reaver todo o sentido material das regras constitucionais exaurido pela metodologia formalista.

Vejamos, por conseguinte, na consideração daqueles elementos o tripé de apoio da reformulação teórica, almejada por Müller em questões de hermenêutica.

Algumas reflexões preliminares contudo se impõem. O Direito Constitucional clássico, segundo a crítica que se lhe faz, padece graves

28. Ob. cit., pp. 158/159.
29. F. Müller, ob. cit., p. 159.

defeitos: em primeiro lugar, não leva em conta que as Constituições aparecem quando o Direito Privado já está sendo codificado ou, em outros termos, o Direito Público do Ocidente democrático principia (o constitucionalismo e as codificações constitucionais) por onde o Direito Privado acabava, depois de séculos de lenta elaboração, na qual pesaram também, como fator importantíssimo de sistematização e elaboração deste último, os princípios recolhidos da herança romana.

Nada disso teve o Direito Constitucional atrás de si. Obra de improvisação revolucionária, foi criação de uma nova filosofia política. Evangelho de um novo direito, ergueu-se sobre alicerces exclusivamente teóricos, sem o aval da experiência e da história. Fundou uma nova modalidade de Estado – o Estado liberal, exposto a um processo de crítica e vivência, de contradições e desafios, com sua almejada estabilidade duramente impugnada por fatores explicados pela dimensão mesma da historicidade que aquela forma de Estado e seu Direito Constitucional não poderiam deixar de ostentar.

De sorte que a juventude do Direito Constitucional repercute sobre sua metodologia e jurisprudência, tumultuados por muitas direções, o que é sinal de vida e progresso, tamanha a largueza do debate científico que de último se fere ao redor de seus fundamentos.

A seguir, observa-se que a Constituição é de si mesma, à míngua talvez de uma teoria da Constituição, um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, os métodos e os sentimentos da época.

A teoria da Constituição, cuja ausência aqui acabamos de deplorar, existe porém implícita em todo sistema total de ideologia, onde a Constituição se fecha, mas o intérprete, em compensação, tem mão única e fácil para o acesso positivo às bases do sistema. Seu máximo inconveniente consiste no fato de a Constituição, posto que conservando a função de organizar os poderes do Estado e traçar-lhes o teor material de competência, haver perdido já a atribuição essencialíssima de instrumento de tutela da liberdade e garantia dos direitos humanos.

Finalmente, para agravar a crise das Constituições, verificou-se o emprego de uma metodologia interpretativa que caiu prisioneira do formalismo e do jusprivatismo. Foi portanto um equívoco, segundo Müller, a recepção de regras artificiais de interpretação elaboradas pelo positivismo e recolhidas da herança romanista de Savigny, fazendo da realização do direito e da concretização da norma simples operação interpretativa de textos de norma.

6. *A Constituição referida a uma estrutura de normatividade*

Faz-se mister segundo o constitucionalista de Heidelberg pesquisar a estrutura da normatividade, o que significa compreender a concretização da norma como um processo estruturado, a fim de que assim se possa determinar a verdadeira estrutura das normas jurídicas.[30]

A metodologia do Direito Constitucional deve, de acordo com ele, fundar-se numa teoria do Direito e não numa teoria acerca do Direito, sendo a teoria do Direito uma teoria da norma jurídica.[31] Há de abranger ela toda a peculiaridade fundamental de uma estrutura normativa no mais amplo sentido e ao redor da qual se desenvolverá o trabalho prático, de cunho metodológico ou "hermenêutico" propriamente dito.

Na concretização da Constituição temos ao mesmo nível a jurisprudência do Direito e a Ciência Jurídica, o Legislativo, a Administração e o Governo, cujo trabalho sem exceção se dirige para a norma, sendo até mesmo o cumprimento da regra jurídica, quando não provoca um conflito constitucional ou uma controvérsia jurídica, uma forma de concretização normativa.[32]

Toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa. Entender o contrário significa atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei, tratando-se ainda nesse caso, de uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto da norma.

Com o concretismo daquele Mestre chega-se a um ponto, conforme já vimos, em que o jurista, ao falar da Constituição, deve esquecer que está falando do texto da Constituição, assim como ao falar da lei deve ter em mente que não é a letra da lei o objeto de sua referência.

30. F. Müller, ob. cit., p. 163.
31. F. Müller, ob. cit., p. 163.
32. F. Müller, ob. cit., p. 164.

O verbalismo normativo é o somenos, o realismo extravocabular da norma é tudo, principalmente quando se trata de matéria constitucional, no processo de sua concretização, que abrange funcionamento, reconhecimento e atualidade efetiva.

Disse muito bem Müller, ao assinalar a imprescindível postulação da não-identidade do texto da norma com a norma, que o texto de uma prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do *iceberg*. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza estatal e social.[33]

A autoridade do costume e sua qualidade jurídica, que ninguém acha em textos ou que pelo menos destes não deriva, é também invocada para demonstrar a não-identidade da norma com o texto normativo.

Não é o texto da norma constitucional, segundo a escola concretista, que regula o caso concreto, mas o corpo legislativo, o órgão de governo, o administrador, o juiz, o aparelho judiciário, buscando, anunciando, fundamentando e se for o caso executando a decisão reguladora da causa.[34]

Afirma Müller que uma hermenêutica jurídica em condições de transcender o positivismo da lei terá seus fundamentos extraídos da observação do trabalho jurídico tanto na ciência como na *praxis*.[35] O texto da norma não "contém", assevera o constitucionalista, a normatividade e sua estrutura material concreta. Cinge-se tão-somente, dentro em sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do Direito. Não possui o texto uma "importância" inerente nele, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização.[36]

Em outras palavras, não é possível isolar a norma da "realidade", antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *Normbereich*) afetada pela disposição da norma (o "programa da norma" ou *Normprogramm*) o elemento material constitutivo da própria norma.[37]

33. Ob. cit., p. 165.
34. Müller, ob. cit., p. 166.
35. Ob. cit., p. 167.
36. Ob. cit., p. 167.
37. F. Müller, "Normstruktur und Normativität", *Schriften zur Rechtstheorie*, fasc. 8, pp. 144 e ss., e *Thesen zur Struktur von Rechtsnormen* ARSP LVI, pp. 493 e ss. e p. 503, bem como Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung*, p. 138.

7. *Uma estruturação concretista do Direito e da realidade: o âmbito da norma fundamenta a normatividade*

Da teoria exposta por Müller deduz-se que na análise da *praxis* jurídica a normatividade se apresenta como um "processo estruturado" e que a análise da relação da normatividade com a norma e o texto da norma prossegue com a análise da estrutura da norma.[38]

No Direito Constitucional fica bem claro, segundo aquele jurista, que a norma jurídica não constitui um "juízo hipotético" ante a uma esfera de regulação que se possa isolar, ou uma forma autoritária sobreposta à realidade, mas uma conseqüência ordenante da própria estrutura material da esfera social a ser regulada.[39]

Em suma, o Direito e a realidade não são esferas incomunicáveis nem categorias autônomas subsistentes por si mesmas. O âmbito da norma é fator que fundamenta a normatividade.[40] Não é simples soma de fatos, mas conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social.

Partindo da assertiva de que o texto não é a lei, mas tão-somente a forma da lei, Müller formula uma teoria estruturalista em que a normatividade da prescrição jurídica se fundamenta através do âmbito da norma. Por sua vez, o âmbito normativo é tirado do conteúdo fático geral da esfera regulativa da prescrição.[41]

Diz ele que os instrumentos tradicionais de metodologia jurídica lidam explicitamente com textos, e só de modo implícito contêm – mas sem reflexão e sem método – possibilidades de incorporar à concretização conteúdos materiais provenientes do âmbito das normas.

Aqueles instrumentos, que Savigny compendiou em quatro técnicas interpretativas célebres, precisam porém de ser completados com elementos metódicos, que possam empregar expressamente o conteúdo material do âmbito normativo na decisão de casos jurídicos, orientados pela norma.

Pede o constitucionalista uma pesquisa hermenêutica e metódica mais exata acerca dos métodos clássicos, buscando principalmente estabelecer sua conexão com a estrutura das normas jurídicas e com a não-identidade da norma e do texto da norma.

38. F. Müller, *Rechtsstaatliche Form*, ob. cit., p. 168.
39. F. Müller, ob. cit., p. 169.
40. F. Müller, ob. cit., p. 169.
41. Ob. cit., p. 203.

O texto funciona como diretiva e limite da concretização possível.[42] Como a interpretação do texto da norma forma uma parte importante, mas não a única, de conversão de sinais de ordenação normativa aplicada a determinados casos, é mais apropriado falar-se de concretização de normas e não de interpretação ou exegese.[43]

A metodologia jurídica toma assim uma amplitude desconhecida às correntes hermenêuticas tradicionais, porquanto doravante só se faz entender a partir das condições que cercam "as funções de concretização da norma (a fixação da norma, o Governo, a Administração, a jurisprudência, a ciência)".[44]

8. *A "metódica estruturante" na concretização das normas constitucionais*

Em se tratando de concretização de normas constitucionais, preconiza aquele jurista que haja, em presença dos elementos clássicos ou tradicionais distinguidos e apontados por Savigny, elementos adicionais a serem acrescentados, cabendo à nova metodologia completar a análise estrutural do processo de concretização mediante um modelo de estrutura, também de concretização, de maneira que disso tudo resulte uma "metódica estruturante" ("strukturierende Methodik").[45]

Entram em jogo na teoria de Müller os seguintes elementos de concretização da norma: os elementos metodológicos numa acepção estrita (os da interpretação gramatical, histórica, genética sistemática e "teleológica", a par de alguns princípios isolados de interpretação constitucional), os elementos do âmbito da norma, os elementos dogmáticos, os elementos teóricos ou de uma teoria da Constituição, os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais. Desses elementos, alguns se relacionam diretamente com a norma, outros só o fazem de modo indireto ou mediato.

Estão em relação direta com a norma os elementos metodológicos tomados numa acepção estrita, bem como os do âmbito da norma e parte dos elementos dogmáticos.

Os demais, não se relacionando diretamente com a norma, desempenham funções auxiliares, limitadas no ato de concretização.[46]

42. F. Müller, ob. cit., p. 204.
43. F. Müller, ob. cit., p. 204.
44. F. Müller, ob. cit., p. 204.
45. F. Müller, ob. cit., p. 204.
46. F. Müller, ob. cit., p. 205.

Mas todos aqueles elementos que diretamente entendem com a norma, investigada a fundo, estão a evidenciar, conforme assinala o constitucionalista, aspectos que na estrutura do processo de conversão prática da norma transcendem de muito o positivismo da lei.[47]

Finalmente, tocando o ponto mais complexo e delicado de sua teorização estrutural da norma, concebida em sua normatividade dentro de um âmbito fático ou material, cuja análise é indispensável ao hermeneuta, Müller intenta estabelecer uma hierarquia daqueles elementos, em que a jurisprudência mesma da Corte de Karlsruhe, ao empregá-los, se mostrou falha, não podendo alçar-se a uma linha ou esfera mais alta, extra-empírica, de discriminação valorativa.

Assim é que preceitua teoricamente em caso de conflito, ou seja, de resultados parciais contraditórios, que os elementos imediatamente relacionados com a norma prevaleçam sobre os demais.

E se no interior dos elementos imediatamente vinculados à norma se levantar um conflito, entende ainda que a prevalência caberá aos elementos gramaticais e sistemáticos, porquanto eles se referem a interpretação de texto de normas, enquanto os demais a textos que não são textos de normas.[48]

Concluindo, escreve: "A função da limitação jurídico-estatal do texto da prescrição que se vai concretizar (e do texto da norma sistematicamente tirado de outras prescrições) prevalece sobre os resultados empíricos provenientes do âmbito da norma".[49]

Como se vê, é ingente e engenhoso o esforço construtivo e analítico do constitucionalista alemão para estabelecer sobre as bases do chamado concretismo uma teoria da estrutura da normatividade constitucional, fazendo que a eficácia da norma, que não está confinada a um texto de lei, e se alarga a espaços materiais e fáticos de máxima amplitude, seja contudo reconhecida em moldes jurídicos e presa a esses moldes, conforme decorre da hierarquia acima estabelecida, dos elementos intervenientes na operação interpretativa.

Depois de abrir-se amplamente para a realidade, o concretismo de Müller tem sua última postulação assentada numa estrutura jurídica limitativa, decorrente da hierarquia dos elementos hermenêuticos empregados para definir a normatividade e que se discriminam, na sua prevalência,

47. F. Müller, ob. cit., p. 205.
48. F. Müller, ob. cit., p. 205.
49. Ob. cit., p. 205.

de um modo estimativo, mais técnico do que axiológico ou ideológico. Nisso talvez esteja o ponto vulnerável de sua metodologia, o flanco que ele deixou desguarnecido e por onde a crítica poderá ingressar para demolir todo o edifício engenhosamente erguido.

9. O método concretista da "Constituição aberta"

Um dos métodos de interpretação das Constituições que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da "Constituição aberta", teorizado na Alemanha pelo professor Peter Häberle, autor de importantes e inovadoras obras de Direito Constitucional.

De certo modo, Häberle levou a tópica às últimas conseqüências, mediante uma série de "fundamentações" e "legitimações" que se aplicam excelentemente ao campo dos estudos constitucionais. Todas resultantes da democratização do processo interpretativo, que já se não cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional mas se estende a todos os cidadãos.

Esse alargamento extremo, que faz de todos, no pluralismo democrático da sociedade aberta, a um tempo objeto e sujeito da ordem constitucional, se de uma parte representa a verticalidade da reflexão que vai atingir camadas mais profundas não alcançadas pela metodologia clássica, doutra parte pode conduzir, pela sua radicalização, a um considerável afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições, como tem sido observado e criticado com respeito a todos os métodos tópicos e concretistas.

A construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e "publicização" ("verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit").

A) A interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato

Distingue Häberle a interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato.

A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais enunciados por Savigny, de procedência civilista.

A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação, tendo sido habitualmente ignorada ou desprezada pelos pre-

conceitos do jurista técnico, de visão formalista, que fica assim tolhido de conhecer a verdade constitucional em sua essência e fundamento.

Essa última modalidade, considerada a mais importante, acaba absorvendo a primeira ou, segundo os críticos da teoria, dissolvendo a normatividade e eficácia jurídica da norma constitucional.

A Constituição, pondera Häberle, é a sociedade mesma "constituída" ou a ordenação fundamental do Estado e da Sociedade.[50] A interpretação da Constituição é "processo" aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade.[51]

A interpretação da Constituição nessa acepção lata é realmente "interpretação", visto que serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. Com isso se faz juridicamente relevante a interpretação viva do cidadão em face daquela que compreende, por vias cognitivas e racionais, o jurista habilitado,[52] a primeira impessoal, a segunda, exercitada consciente e personalizadamente.

A interpretação em sentido estrito, que o juiz leva a cabo no desempenho ordinário de seu trabalho profissional, padece o influxo da própria interpretação que ele também exercita em sentido lato e que resulta em grande parte de sua experiência e tirocínio, conforme o debate hermenêutico acerca da "compreensão prévia" (*Voverständnis*) já demonstrou sobejamente. Sendo essa "compreensão prévia" o elo intermediário entre as duas categorias de intérpretes constitucionais, podem assim vincular-se de forma sistemática e conseqüente a interpretação em sentido lato e a interpretação em sentido estrito, inclusive na mesma pessoa, como é o caso acima apontado do juiz.[53]

Unidas as duas interpretações, podem então os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério.

50. Peter Häberle, "Verfassungsinterpretation als Öffentlicher Prozess", conferência proferida no "Seminário Hesse de Freiburg" ("Freiburger Hesse Seminar") a 12 de janeiro de 1978 e estampada em *Verfassung als Öffentlicher Prozess – Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Schriften zum Öffentlichen Recht, v. 353, p. 122.

51. Peter Häberle, *Verfassung als Öffentlicher Prozess*, ob. cit., pp. 123/124.

52. P. Häberle, ob. cit., p. 124.

53. P. Häberle, ob. cit., p. 127.

Os intérpretes da Constituição, em sentido largo, são, segundo Häberle, os legítimos intérpretes democráticos, já do Estado de Direito, já da "democracia de cidadãos".

As duas formas de interpretação se correlacionam e interpenetram mutuamente, num entrelaçamento completo, mantendo entre si desimpedidos os canais de comunicação. Duvida o constitucionalista que se possa manter fechado o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido estrito, enquanto se conserva aberta a esfera dos intérpretes na acepção ampla.

Não é possível estabelecer entre ambas uma delimitação rígida, sobretudo quando se sabe que na sociedade democrática há juízes "técnicos", trabalhistas e comerciais, peritos e "jurados" que, não sendo juristas de profissão, contribuem, contudo, pela sua presença e atividade no meio judicante para a abertura da categoria dos intérpretes da Constituição em sentido estrito e para a tarefa comum de todos em favor da ordem constitucional.[54]

Demonstra o constitucionalista que o conjunto de processos sociais nos quais o direito se insere como "direito em ação" permanecem exteriores e "anteriores" à interpretação "jurídica". Mas funcional, pessoal e materialmente são parte da mesma interpretação.

A mudança social, ao acarretar as mudanças constitucionais tácitas decorrentes do fator tempo, só se explica à luz de uma "interpretação da Constituição" em sentido amplo.[55] Afirma ele, todavia, numa ressalva importantíssima, que a interpretação constitucional em sentido amplo não é sinônimo de "política", embora o político, ele mesmo, seja um intérprete!

B) Quem são os intérpretes da Constituição na acepção lata?

Estabelecido o conceito da nova forma de interpretação constitucional, levanta-se a seguir o problema, até agora em grande parte descurado pelos modelos teóricos da velha hermenêutica, de saber quem são efetivamente os intérpretes da Constituição.

Costumava-se tratar a interpretação constitucional como uma operação impregnada de oficialidade (estatalidade) e formalismo, tanto na prática como na teoria, obra "exclusiva" de juristas especializados. A retificação que o jurista intenta fazer a esse respeito é no sentido pri-

54. P. Häberle, ob. cit., pp. 124/125.

55. P. Häberle, ob. cit., p. 126.

mordial de alargar-lhe o âmbito. De sorte que dela participem potencialmente "todas as forças da comunidade política".

Até então, assevera ele, o processo de interpretação constitucional transcorria num espaço deveras limitado, de que só participavam os órgãos "estatais" ou aquelas pessoas diretamente vinculadas à operação interpretativa.[56]

Pela nova dimensão proposta, segundo os termos da teoria concretista daquele autor, é tão intérprete da Constituição o cidadão que apresenta uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) quanto o partido político que se empenha numa demanda ou contra o qual se levanta um processo de interdição partidária. Desse modo "a interpretação constitucional é 'negócio' de cada um e de todos potencialmente".[57]

A hermenêutica constitucional contemporânea, diante da nova metodologia concretista, poderia resumir-se, do ponto de vista daqueles que tomam parte na operação interpretativa, como uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta e a esta destinada.

A tese esposada pelo constitucionalista alemão é a de que na interpretação da Constituição se acham potencialmente abrangidos "todos" os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo *numerus clausus* de intérpretes constitucionais.[58]

A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como cousa da "sociedade fechada", deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da "sociedade aberta", de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a co-constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.[59]

O alargamento do número de intérpretes é tão-somente, segundo Häberle, uma conseqüência da incorporação – por todos preconizada – da realidade ao processo de interpretação.

Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu "desenvolvimento", a saber, as forças ativas do Direito "em ação pública".[60]

56. P. Häberle, ob. cit., p. 152.
57. Ob. cit., p. 162.
58. Ob. cit., p. 156.
59. P. Häberle, ob. cit., p. 157.

Todo intérprete, afirma Häberle, é orientado pela teoria e pela prática, mas essa prática, na sua essência, não se forma unicamente dos intérpretes oficiais da Constituição.[61] A seguir, busca ele até certo ponto legitimar as influências, expectativas e pressões sociais a que o juiz inelutavelmente se acha exposto, contra os que, de maneira falsa e pouco realista, vêem nisso tão-somente u'a ameaça a sua independência.

Aquelas influências e pressões – escreve ele – impedem a arbitrariedade na interpretação judicial. De sorte que a garantia da independência do juiz só se tolera na medida em que as outras funções estatais e o pluralismo público fornecem "material" para a lei.[62] Tudo isso vem em socorro da tese de que todos estão incluídos no processo de interpretação da Constituição, ainda aqueles que não são diretamente atingidos pelo ato interpretativo![63]

Quem circunscreve como jurista a interpretação ao círculo fechado e limitado dos intérpretes "de ofício", não faz outra coisa, segundo o constitucionalista, senão iludir-se, empobrecendo ao mesmo passo a operação interpretativa. É aí que Häberle, categórico, acentua: "A Constituição nesse sentido é o espelho do público e da realidade. Não é porém apenas espelho senão também fonte luminosa, se nos for permitida essa comparação um tanto gráfica. Sua função é de direção".[64]

C) Pluralismo, racionalismo crítico e mudança constitucional na teoria da "Constituição aberta"

Uma das mais fortes legitimações do novo processo interpretativo da Constituição é haurida na organização pluralista e democrática da sociedade. A sociedade de Häberle é a mesma "sociedade aberta" de Popper. "O racionalismo crítico é a teoria científica mais persuasiva do pluralismo, porquanto o conteúdo material da Lei Fundamental (os seus elementos estruturais pluralistas) e os elementos da teoria do racionalis-

60. P. Häberle, ob. cit., p. 165.
61. Ob. cit., p. 165.
62. Ob. cit., p. 165.
63. Ob. cit., p. 166.
64. Ob. cit., p. 168.

mo crítico são congruentes."[65] Com essa afirmativa, ele faz patente a base filosófica de inspiração do seu novo método interpretativo, de teor realista e sobretudo concretista.

Diz ele que a preconizada teoria pluralista da Constituição demanda uma associação da teoria da ciência ou do conhecimento, formulada pelo racionalismo crítico, com as diligências de uma teoria pluralista.[66]

Popper e Fraenkel, sem saber, abrigavam em sua obra uma teoria constitucional deduzida de suas respectivas teorias da sociedade: uma teoria pluralista da Constituição que se confirmava com base nos modelos da experiência constitucional anglo-americana e da jurisprudência interpretativa da Constituição de Bonn.

Com respeito aos horizontes e perspectivas do pluralismo, são valiosos esses esclarecimentos de Häberle: "O pluralismo se torna um grande denominador comum, no qual o Estado da Constituição livre do Ocidente encontra seu tipo: uma teoria democrática da Constituição é em si e por si pluralista num duplo sentido: sua teoria da Constituição se combina com uma teoria científica e social do pluralismo e permanece como tal contrária ao antipluralismo de toda espécie. Como teoria de um 'tipo' de Constituição, abre espaço a muitas variedades de Constituições diferentes. Chega-se pela comparação constitucional a estabelecer e fomentar uma competição entre os membros da 'família' das Constituições do pluralismo. Seu princípio imanente de democracia e direito fundamental chama-se pluralismo".[67]

A força produtiva do pluralismo nasce, segundo aquele publicista, do jogo alternativo do dissenso e do consenso, que estabelece por igual a unidade – aberta – da *res publica*, pressupondo-se nessa concepção um desenvolvimento contínuo do pluralismo como teoria e como práxis da Constituição.[68]

Deixa-nos o novo método concretista a impressão de que ele se fez para tornar mais fácil por via interpretativa a mudança constitucional, com uma subordinação precariamente dissimulada da Constituição formal à Constituição material.

A adaptação da Constituição à sua época preocupa de maneira constante o formulador da nova concepção interpretativa, tanto que ao fator

65. Ob. cit., p. 144.
66. Ob. cit., p. 145.
67. Ob. cit., p. 146.
68. P. Häberle, ob. cit., p. 151.

tempo atribui importância capital. Não é à toa que ele assevera "viver o Direito Constitucional *prima facie* numa específica problemática de tempo"[69] e que "a continuidade da Constituição somente é possível quando o passado e o futuro nela se acham conjugados".

A controvérsia acerca dos métodos no Direito Constitucional é, em última análise, segundo Häberle, uma luta acerca do papel que deve caber ao tempo.[70] A velha hermenêutica, pelo seu caráter mais estático que dinâmico. deve ser vista como o instrumento por excelência das ideologias do *statu quo*.

A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.

Mas para chegar a tanto faz-se mister uma ideologia: a ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, concebido por Häberle, e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança.

Demais, urge analisar o novo conceito de democracia e povo, que não é precisamente o da *volonté générale* de Rousseau, o qual se lhe afigura menos realista que o seu.

D) A democracia na "Constituição aberta" e a crítica à nova metodologia

A democracia de Häberle, sensível a uma espécie de metodologia tópica e concretista, a que serve de escudo, não é a do povo-massa, absoluto, possuidor de um novo gênero de Direito divino, mas a do povo cidadão, artífice de uma democracia de cidadãos.

Com essa soberania do cidadão (*Herrschaft der Bürger*) o publicista principia por onde Rousseau acabara, ao esfacelar a soberania numa vasta multidão de titulares parciais desse poder supremo, conferindo a todos igual direito de participação e fazendo de cada um titular legítimo de uma parcela da autoridade soberana.

Por mais que diga o contrário, o constitucionalista alemão não logra desfazer-se do filósofo do *Contrato Social*, e a sua "democracia de cidadãos" é uma recaída num conceito que o pensador, em busca de uni-

69. P. Häberle, ob. cit., p. 61.
70. Ob. cit., p. 62.

dade, aperfeiçoara, ao descobrir a noção de povo como essência e expressão da célebre vontade geral.

Demais, o método concretista da "Constituição aberta" demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista.

Até mesmo para a Constituição dos países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, com um potencial de risco manifesto. Debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, a adoção sem freios daquele método – instalada uma crise que não se lograsse conjurar satisfatoriamente – acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Demais, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das idéias.

O método concretista da Constituição aberta, nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se contudo excelente para manter um *status quo* da liberdade. Mas nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para conter as crises, depois que elas, declarado o dissídio irremediável da sociedade, se hajam instalado no corpo social. O emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, cuja ineficácia se patenteasse à vista de todos, poderia ocasionar efeitos desestabilizadores e negativos abreviando e consumando o desenlace institucional.

Apesar disso, o método da Constituição aberta representa uma contribuição fecunda dos juristas da tópica ao Direito Constitucional. Sem a tópica, a teoria material da Constituição não teria feito os excepcionais progressos que alcançou, depois de chegar a um ponto de exaustão a controvérsia do positivismo com o direito natural nos arraiais do pensamento filosófico europeu. A grande saída de Viehweg e Esser na hermenêutica jurídica do século XX foi o caminho aberto às correntes críticas de um constitucionalismo de renovação, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias concretas da liberdade humana.

Os constitucionalistas do Estado social, nomeadamente Kriele, Hesse, Häberle, Horst Ehmke e Friedrich Müller, valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional. Emanciparam-na da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas. Os velhos métodos transladados ao Direito Público tiveram duvidosos efeitos em sua aplicação desde que o Estado de moldes liberais do século XIX tomou configuração definitivamente social. Com as mudanças e transformações operadas em quase todos os institutos jurídicos, difícil se tornou para a metodologia de bases jurisprivatistas conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato.

A mais concludente prova dessa incapacidade se colhe dos desvios interpretativos da Corte Constitucional de Karlsruhe ao produzir na Alemanha uma jurisprudência que tem escandalizado os juristas normativistas, ou seja, toda a velha geração dos positivistas formais, descendentes de Gerber, Laband e Kelsen.

Houve naquele país, durante a década de 60, uma polêmica célebre entre Forsthoff e os juristas da teoria material da Constituição, do ramo culturalista-espiritualista-hierárquico-axiológico, que compreende a Constituição como um sistema de valores. De uma parte estava o jurista da corrente que acometia a renovação jurisprudencial da Corte e nesta repreendia as contradições de seus arestos, com a perda conseqüente de normatividade da Constituição; doutra parte, Hollerbach e Horst Ehmke, entre outros, cujo apoio aos juízes de Karlsruhe se estampava na sustentação da necessidade de perfilhar – e se necessário criar – novos métodos para dominar realidades novas.

O método concretista da Constituição aberta é fruto, portanto, da revolução metodológica que desde a tópica se observa no campo do Direito Constitucional. Com ela a teoria material da Constituição se converteu definitivamente na hermenêutica do Estado Social.

O bom êxito da moderna metodologia ficará porém a depender de um não-afrouxamento da normatividade pelos órgãos constitucionais judicantes na medida em que estes fizerem uso dos novos instrumentos hermenêuticos, nascidos da necessidade de maior adequação da Constituição com a realidade, bem como do dinamismo normativo do Estado social, o Estado que constrói o futuro da sociedade democrática.

10. O método de interpretação "conforme a Constituição"

A intepretação das leis "conforme a Constituição", se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui

fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta.

Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.[71]

Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito.

A *Verfassungskonforme Auslegung*, consoante decorre de explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação "em harmonia com a Constituição" e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.[72]

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada "conforme a Constituição", será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.

A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada "conforme a Constituição". Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.

71. Herzog-Schick, *Verfassungsrecht*, 4., p. 20.
72. *BVerfGE* 2, 266.

Assinala a jurisprudência constitucional de Karlsruhe, ao utilizar o presente método, que o fim da lei também não deve ser desprezado, de sorte que da intenção do legislador há de conservar-se o máximo possível de acordo com a Constituição.

Urge porém que o intérprete na adoção desse método não vá tão longe que chegue a "falsear ou perder de vista num ponto essencial o fim contemplado pelo legislador".[73]

Como se vê, esse meio de interpretação contém um princípio conservador da norma, uma determinação de fazê-la sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do "favor *legis*" ou do "favor *actus*", ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma.[74]

Presume-se, pois, da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade da norma, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica. Mas antes de chegar a tanto, faz-se mister tenham sido empregados todos os métodos usuais e clássicos de interpretação e que os mais importantes dentre eles levem à conclusão irrecusável e evidente da inconstitucionalidade da norma.

A interpretação conforme a Constituição tem um aspecto negativo e um aspecto positivo.

Com efeito, visto pela dimensão contrária, é de temer-se venha o método a engendrar artifícios ou subterfúgios que possam fazer prevalecer incólumes no ordenamento constitucional normas inconstitucionais, afrouxando assim as cautelas e a vigilância do legislador contra a emissão de semelhantes normas. Convém, todavia, que o intérprete não se afaste daquele princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria de que "a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional".[75] Corre-se não

73. Reinhold Zippelius, in *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, p. 119.
74. Max Imboden, "Normkontrolle und Norminterpretation" in *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, p. 142.
75. "Em caso de dúvida, nunca se deve dar à lei uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional" ("einem Gesetz im Zweifelsfall nie eine Auslegung

raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei ("eine gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung"), distorção que se deve conjurar.

Tocante ao lado positivo do método, é de ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade.

Mas convém advertir que na prática a elasticidade, assim proposta, de contemporizar com a dubiedade das normas e fazê-las tanto quanto possível constitucionais pode em casos extremos desfigurar o exercício do controle pelo órgão judicial. Assim vem acontecendo na Alemanha, onde, a pretexto de respeitar-se a lei como ato legítimo de um poder cujo exercício tem suas nascentes de controle na opinião pública e no debate democrático, qual é o legislativo, acaba o juiz, ou o intérprete, valendo-se daquele método, por impor com a operação interpretativa conteúdos normativos que alteram o caráter da lei. Nesse caso a vontade do juiz, para salvar a lei, sem querer, e por excesso de zelo, se substituiu à vontade do legislador.

Aqui ingressamos no campo delicado e complexo dos limites que se devem traçar ao método de interpretação conforme a Constituição, tendo em vista o modo como ele há sido utilizado por juízes e tribunais constitucionais. Convém por conseguinte proceder com cautela, evitando deformações irremediáveis.

O Tribunal Constitucional de Karlsruhe tomou perfeita consciência desse grave risco. Verifica-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição. Não deve por conseqüência esse método servir para alterar conteúdos nor-

gegeben werden darf, die es als verfassungswidrig erscheinen lassen würde", in Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtschofes") (*apud* Max Imboden, ob. cit., p. 138).

mativos, pois "isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional" (*Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG*).[76]

Com respeito à determinação dos limites do método em apreço, é decisivo, segundo Michel, averiguar desde logo se será atribuído ao princípio da interpretação conforme a Constituição um grau mais alto do que o que possuem todos ou pelo menos certos meios gerais de interpretação.[77]

Diz aquele publicista que o ponto nevrálgico da interpretação conforme a Constituição não reside propriamente numa disputa entre as teorias objetivas e subjetivas, mas em determinar se também a *vontade do legislador* será ou não obedecida, caso conduza a uma interpretação viciada de ilegitimidade constitucional.[78]

Assevera Michel: "Os partidários da teoria subjetiva entram em conflito com o mandamento da interpretação conforme a Constituição na medida em que devem decidir se a despeito – segundo sua concepção – da necessidade de acatar-se a vontade do legislador se permita uma correção do resultado da interpretação, quando essa vontade for anticonstitucional. Os partidários da teoria objetiva, ao contrário, não devem ter dúvidas, se eles, apesar da – segundo sua concepção – omissibilidade da vontade do legislador, admitem (ainda) a interpretação conforme a Constituição, quando a vontade identificável das pessoas que participaram no processo legislativo exigia uma interpretação contra a Constituição. Em qualquer das hipóteses, trata-se de determinar se mediante a interpretação conforme a Constituição, em virtude da especial problemática jurídico-constitucional, a vontade do legislador excepcionalmente (teoria subjetiva) ou com maior razão (teoria objetiva) pode ser negada. Considerações metodológicas tão-somente, como acontece na interpretação habitual, não adiantam aqui; os pontos de vista jurídico-constitucionais passam então ao primeiro plano".[79]

É freqüente os publicistas que se ocupam desse método fazerem a observação de que em casos extremos ele pode comprometer o princípio da separação de poderes e sua principal vantagem, qual seja, a de manter o equilíbrio de competência entre os poderes. Assim acontece quando juízes ou tribunais deixam de examinar aquilo que o legislador regulou

76. *BVerfGE* 18, 97 (111).
77. Helmut Michel, "Die Verfassungskonforme Auslegung", *JuS*, 9, p. 278.
78. H. Michel, ob. cit., p. 278.
79. Ob. cit., p. 278.

para versarem aquilo que ele poderia ter regulado, como assinala com muita precisão Helmut Simon, relatando um tema referente a essa metodologia.[80]

As delimitações que a Corte Constitucional de Karlsruhe esboçou com referência ao método de interpretação conforme a Constituição estão contidas numa decisão proferida a 11 de junho de 1958, a mais importante sobre a matéria, da qual decorrem dois limites evidentes: o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador. Ambos se apóiam no item 3º do art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, que diz que o legislativo se acha vinculado à ordem constitucional e o executivo e o judiciário à lei e ao direito.

Fez-se ali uma concessão à primeira vista deveras importante à teoria subjetiva, mas que logo se desvanece, quando se tem presente que na jurisprudência do sobredito tribunal a "vontade do legislador" (*Wille des Gesetzgebers*) é a vontade objetivada na lei. O pêndulo volta assim a inclinar-se manifestamente para a chamada teoria "objetiva" da interpretação, que tem sido a mais consagrada pela jurisprudência do sobredito Tribunal.

A conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional.[81] As normas constitucionais, como assinala Hesse, não são apenas normas de exame (*Prüfungsnormen*), mas normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária. A unidade da ordem jurídica e o sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição.

Em geral, quando se levanta a delicada e penosa questão dos limites da interpretação postos a esse método, o que se quer estabelecer é a relação entre a jurisdição constitucional e a legislação, ou entre aquela e as demais jurisdições.

O problema maior, como já expusemos, está no primeiro caso, ou seja, no da relação entre o juiz e o legislador, consistindo exatamente em determinar, como disse Hesse, quem em primeira linha é chamado a

80. Helmut Simon, "Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung", *Europäische Gründrechts-Zeitschrift*, pp. 89/90.

81. H. Simon, "Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung", ob. cit., p. 90.

concretizar a Constituição.[82] O método de interpretação conforme a Constituição parece conferir a preeminência ao legislativo, pelo menos da maneira como esse método se tornou autônomo e específico, nomeadamente com a judicatura constitucional de Karlsruhe.

Com efeito, na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.

Mas o excesso de zelo em manter leis, como já dissemos, pode desfigurar esse aspecto positivo do método, fazendo-o paradoxalmente negativo e igualmente atentatório ao próprio princípio de separação de poderes que ele viera preservar. Tal ocorre quando o tribunal, para não declarar nula uma lei, perde de vista as limitações necessárias de seu ofício e, como observou Hesse, ao invés de um *minus* estabeleceu um *aliud* em relação ao conteúdo original da lei.[83]

Os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*. Corre o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la. De sorte que, em assim acontecendo, suprime-se uma das maiores vantagens do método de interpretação conforme a Constituição, qual seja, a de afiançar a sobrevivência da lei, não lhe declarando a nulidade.

Em outras palavras, o método em questão, sem embargo do raio de flexibilidade proporcionado ao intérprete, não deve tomar nunca uma extensão que consinta a interpretação *contra legem*. Não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador.

Assinalando a relevância e os préstimos desse método, chegou Haak à seguinte conclusão:

"Tal como foi até agora cultivado pela Corte constitucional federal, o método de interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição sem contudo anular a lei contestada – nem

82. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., p. 32.

83. K. Hesse, *Grundzüge*, ob. cit., p. 33.

completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais.

"Ao invés de anular a lei contestada por violação de direitos fundamentais, os juízes não lhe reconhecem a existência senão na medida em que ela se acha autorizada pelas reservas previstas pela Constituição para a limitação legislativa dos direitos fundamentais. Ou expresso doutra maneira: eles não reconhecem a existência de uma norma legislativa suscetível de estar em conflito com a Constituição. Tendo recurso assim a uma concepção restritiva da lei e de sua interpretação, escolhem os juízes um caminho muito mais brando que o da anulação para chegar no fundo a resultados análogos. Comporta isto uma certa moderação em face do legislador e consente, doutra parte, reservar a anulação àqueles casos em que é absolutamente necessária."[84]

Cabe ainda acentuar, como fez Michel, que o método de interpretação conforme a Constituição se distingue da interpretação usual num ponto básico, a saber: o sentido da lei é extraído da própria lei. De tal modo que se recorre ao *Verfassungskonforme Auslegung* após o emprego normal dos métodos clássicos.[85]

Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.

84. Volker Haak, "Quelques aspects ou controle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne", pp. 86/87.

85. H. Michel, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, ob. cit., p. 275.

Capítulo 15

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Conceito de garantia: distinção entre direitos e garantias. 2. As garantias constitucionais. 3. O teor individualista das antigas garantias constitucionais. 4. As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos. 5. As garantias constitucionais desprovidas do conteúdo subjetivo individualista: a transição para as garantias institucionais. 6. As garantias institucionais. 7. Enfraquece as garantias institucionais a proteção dos direitos individuais? 8. A teoria constitucional das garantias institucionais. 9. A garantia institucional protege a essência da instituição. 10. Os direitos fundamentais e as garantias institucionais. 11. As garantias constitucionais do direito objetivo e as garantias constitucionais do direito subjetivo na Constituição brasileira de 1988. 12. As garantias constitucionais "qualificadas" e as garantias constitucionais "simples". 13. As novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição de 1988. 14. O princípio da separação de poderes, garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista.

1. Conceito de garantia: distinção entre direitos e garantias

Reconduzido ao seu significado autônomo e neutro ou desvinculado de toda acepção política, o termo garantia se explica etimologicamente, segundo Geleotti e Liñares Quintana, pela sua derivação de *garant*, do alemão *gewähren-gewähr-leistung*, cujo significado, acrescentam eles, é o de *Sicherstellung*, ou seja, de uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade.[1]

Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar. Nisso os publicistas se põem de acordo, porém as dificuldades surgem mais tarde quando a expressão se traslada para a esfera política e jurídica, tendo já, fora de todo signi-

1. V. Liñares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, pp. 336/337.

ficado técnico, uma dimensão conceitual, de cunho axiológico, muito clara, por prender-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.

A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão freqüentes entre alguns dicionaristas célebres. É o que acontece com o *Dicionário da Real Academia Espanhola* ao definir as garantias constitucionais como "os direitos que a Constituição de um Estado reconhece a todos os cidadãos".[2] Em idêntica falta incide também, cerca de 40 anos depois, o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o léxico de mais fama e autoridade no Brasil, que assim define a garantia constitucional: "direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição dum país".

Como se vê, ocorre o equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexidade direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição. Demais, se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado social, conforme adiante intentaremos demonstrar.

Há dois pólos ao redor dos quais giram as garantias, as declarações e os direitos desde o berço em que se formaram: o indivíduo e a liberdade. A estes, um terceiro pólo se acrescentou no século XX: a instituição. Mas o advento desta marca uma ruptura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias enquanto garantias individuais.

Publicistas de renome da América Latina, tendo em vista a proximidade dos direitos com as garantias e considerando o fim destas, que é fazer eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e estampada nas célebres e solenes declarações de direitos, tiveram todavia a justificada preocupação de fixar um conceito de garantia tanto quanto possível desembaraçado e independente do conceito de direito, embora com a ressalva de casos raros e excepcionais, em que a rigorosa observância ou preservação de tal critério distintivo se faz de todo inexeqüível.

2. Real Academia Española, *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, 2ª ed., p. 769, e Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* 2ª ed., revista e aumentada, p. 835.

Das caracterizações conceituais mais expressivas, algumas devem ser aqui reproduzidas pela clareza didática de que se revestem. Carlos Sánchez Viamonte assinala, por exemplo, que somente merece o nome de garantia "a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia".[3]

O mesmo autor, opondo-se também à sinonímia com o direito, define: "Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política".[4]

Outro publicista argentino, Bielsa, movido, por sua vez, da preocupação de estabelecer com nitidez o conceito de garantia, não é menos enérgico em fazê-lo, tanto quanto Sánchez, a moldura protetora do direito, sem que este a absorva ou vice-versa: "(...) as garantias, diz ele, são normas positivas – e, portanto, expressas na Constituição ou na lei –, que asseguram e protegem um determinado direito".[5]

Versando a latitude do instituto, assevera ainda o mesmo jurista: "A garantia pode referir-se a um direito em sentido subjetivo, em defesa do interesse individual, ou a um direito em sentido objetivo, em defesa do interesse coletivo".[6]

Ao nosso ver, porém, a contribuição das contribuições para dissipar a confusão da garantia com o direito partiu de Juan Carlos Rébora, o qual, depois de assinalar que as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito, asseverou: "O fracasso da garantia não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos".[7]

Dos publicistas brasileiros, Rui Barbosa, o mais severo em se insurgir contra a inadvertência dos juristas afeiçoados a não fazer distinção entre direito e garantia, partiu da definição de direito de Littré, o

3. Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed., p. 123.

4. Carlos Sánchez Viamonte, *El "Habeas Corpus": la Libertad y su Garantía*. p. 1.

5. Rafael Bielsa, *apud* Liñares Quintana, ob. cit., p. 334.

6. "La garantía puede referirse a un derecho en sentido subjetivo, en defesa del interés individual, o a un derecho en sentido objetivo, en defesa del interés colectivo", Rafael Bielsa, *apud* Quintana, ob. cit., p. 335.

7. "Fracaso de garantía no significa inexistencia de derecho; suspensión de garantías no puede significar supresión de derechos", Juan Carlos Rébora, *El Estadio de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional*, § 11, pp. 68/69.

dicionarista da Academia Francesa, para eleger uma posição coincidente com a dos autores já citados:

"A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* 'é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos'.[8] *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil."[9]

O mais recente contraste talvez tocante a direitos e garantias, da lavra de um constitucionalista de língua portuguesa, é este de Jorge Miranda:

"Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

"Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*."[10]

O abalizado jurista da Universidade de Lisboa faz, porém, a distinção ainda mais persuasiva e meridiana, quando se socorre daquela categoria de direitos inseparável do Estado liberal: os direitos da liberdade. Escreve:

" – As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa;

"– As liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado;

8. Littré, *Grand Dictionnaire*, v. II, p. 1.245.

9. Rui Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª ed., pp. 193/194.

10. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, "Direitos Fundamentais", pp. 88/89.

"– As liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado."[11]

A necessidade, pois, de afirmar e proteger a liberdade perante o Estado foi, como se vê, o pólo jurídico dessa formulação conceitual, nascida das reflexões e constatações de juristas liberais, que introduziram na terminologia do velho direito público – contemporâneo das primeiras épocas constitucionais – as locuções de direitos individuais, garantias individuais e, finalmente, com absoluto êxito e eficácia de expressão, as chamadas garantias constitucionais, de que a seguir nos ocuparemos, para desvendar um horizonte mais vasto de indagações acerca da salvaguarda dos direitos fundamentais.

2. *As garantias constitucionais*

Um dos constitucionalistas brasileiros do liberalismo da Primeira República que mais se empenharam em introduzir na linguagem constitucional de uso corrente o conceito de garantias constitucionais foi Rui Barbosa. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 – a primeira da República após a queda do Império – não empregava a expressão direitos fundamentais nem tampouco direitos individuais, embora o individualismo do Estado liberal lhe inspirasse todo o texto, e toda a declaração de direitos gravitasse, por inteiro, ao redor dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Ora, foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que "uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial".[12] E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo "as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder".[13]

Os direitos a que se refere são os da personalidade, os direitos individuais clássicos. Faz ele menção de Leovegildo Filgueiras que num

11. Jorge Miranda, ob. cit., p. 89.
12. Ob. cit., p. 189.
13. Ob. cit., p. 190.

discurso proferido em 1º de agosto de 1892 asseverou: "os nossos estadistas e publicistas do tempo do Império haviam aprendido com todos os publicistas e jurisconsultos do mundo civilizado a distinguir formalidades prescritas pelas constituições para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual e direitos, quer sociais, quer políticos, que não são formalidades prescritas por constituições, mas atributos da natureza humana".[14]

O insigne jurista também se reportou à indiferença da Constituição quanto a elucidar o sentido que têm as garantias constitucionais, e não trepidou, diante do problema, em formular um conceito lapidar acerca da natureza e da extensão dessas garantias. Senão vejamos:

"Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias constitucionais'. Mas a acepção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tít. II, sec. II."[15]

O entendimento de Rui sobre garantias constitucionais estava na linha mais afinada e congruente do constitucionalismo liberal do século XIX, tanto que, ao interpretar "na acepção racional" o art. 80 da primeira Constituição republicana do Brasil – a de 1891 – declarou ele que as garantias eram "condições de proteção à liberdade individual", sem as quais, em seus próprios termos, "a execução da lei" ficaria tolhida, ludibriada e anulada.[16]

3. *O teor individualista das antigas garantias constitucionais*

Tão significativa quanto a de Rui Barbosa foi por igual a contribuição de Amancio Alcorta para firmar o conceito de garantias constitucionais no constitucionalismo liberal da América Latina. É a mesma

14. Leovigildo Filgueiras, *apud* Rui Barbosa, ob. cit., p. 193.
15. Rui Barbosa, ob. cit., p. 194.
16. Ob. cit., p. 203.

filosofia política, os mesmos princípios, a mesma doutrina, derivada sempre dos direitos individuais, que constituem o núcleo da personalidade humana e se prendem a um conceito de liberdade e direito, cujos limites são inarredavelmente os limites do direito recíproco (acepção de Kant). Abraçou-se, portanto, Alcorta àquele sentido formalista do direito consociado com a liberdade.

Com efeito, em Alcorta as garantias constitucionais são as garantias individuais, não havendo distinção de significado no emprego de ambas as expressões. Essas garantias concretizam por escrito os direitos individuais ou direitos da personalidade, preenchendo assim o requisito de Laboulaye, referido por aquele autor, de que não basta reconhecer tais direitos; faz-se mister também protegê-los.[17]

A expressão *garantias individuais* na mesma acepção de *garantias constitucionais* se propaga com a liguagem de muitos publicistas do liberalismo hispano-americano, bem como luso-brasileiro. Ramirez Fonseca e Ignacio Burgoa não usam doutros termos.

O primeiro frisando a reserva feita pelo povo, ao exercer a soberania, de certos direitos públicos subjetivos, que aos poderes públicos incumbe salvaguardar, e que constituem, segundo ele, "o conteúdo das chamadas garantias individuais"; garantias estas que "o Estado tem a obrigação de respeitar", já por via de atuação, já por via de abstenção, conforme acontece, exemplificadamente, com o direito de petição (via ativa), ou com o direito de livre associação (via abstencionista).[18]

O segundo, a saber, Ignacio Burgoa, desvendando textualmente nas garantias individuais, segundo expõe ainda o próprio Ramirez, uma relação jurídica entre o governado. por um lado, e o Estado e suas autoridades, por outro (sujeitos ativos e passivos), acrescenta que em virtude dessa relação "surge para o primeiro o direito de exigir do segundo uma obrigação positiva ou negativa, consistente em respeitar as prerrogativas fundamentais de que o homem deve gozar para o desenvolvimento de sua personalidade (objeto), relação cuja fonte formal é a Constituição".[19]

Fiel à terminologia da Constituição portuguesa de seu tempo, Marnoco e Sousa distingue os direitos individuais das garantias individuais,

17. Amancio Alcorta, *Las Garantías Constitucionales*, 2ª ed. corrigida, pp. 6/7 e 35.
18. Francisco Ramirez Fonseca, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 23.
19. Francisco Ramirez Fonseca, ob. cit., p. 23 e Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*, pp. 100/103.

dando a estas porém a mesma acepção de *garantias constitucionais*, peculiar aos valores do liberalismo; valores concentrados sobre a liberdade e o indivíduo, e não sobre a igualdade e a sociedade, conforme aconteceria depois com a grande revisão operada pelo constitucionalismo de índole social do século XX.

A delimitação individualista da garantia constitucional é impressionante. Assim define o constitucionalista português, pois, as garantias individuais: "(...) são as normas constitucionais que asseguram aos cidadãos o gozo deste ou daquele direito individual" e que "dão a estes direitos a sanção proveniente da força própria da lei constitucional, visto esta ser considerada superior à lei ordinária".[20]

Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal. Tornou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados.

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.

De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.

4. *As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos*

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos ex-

20. Marnoco e Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa, Comentário*, p. 39.

pressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita).

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Os constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, ao que tudo indica, parecem haver reservado a expressão garantias constitucionais para um uso de conformidade com a primeira acepção.

Já os publicistas latino-americanos se inclinam, de preferência, ao aprofundamento do conceito na linha referente à segunda acepção, e assim o têm formulado com mais freqüência em suas obras de Direito Constitucional. Mostram eles a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional.

Demais, as garantias se tornam objeto de um exame deveras delicado e complexo que já não se delimita nos moldes de uma concepção confinada aos valores do Estado liberal; por isso não são elas garantias unicamente *contra* o Estado, mas garantias *no* Estado, a saber, Estado que a doutrina social do direito reconciliou com a Constituição e seus princípios clássicos ou tradicionais.

Nunca porém deve ficar deslembrado que as garantias constitucionais, em qualquer das acepções há pouco referidas, legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais.

Por aí se percebe a amplitude das garantias constitucionais bem como seu valor instrumental de meio defensivo, invariavelmente vinculado a uma prestação do Estado, ou seja, dos poderes públicos, quer pela via constituinte constituída (a reforma da Constituição pelo Legislativo), quer pelas vias regulares e ordinárias de exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário). Mas não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção.

5. *As garantias constitucionais desprovidas do conteúdo subjetivo individualista: a transição para as garantias institucionais*

As garantias constitucionais marcaram consideravelmente o judiciarismo do Estado liberal e até hoje não perderam a serventia protetora tanto da Constituição como dos direitos fundamentais; continuam sendo assim um dos capítulos mais fascinantes do Direito Constitucional. Aliás passaram por uma espécie de alargamento, visto que não ficaram tão-somente circunscritas à guarda dos direitos individuais na projeção clássica do liberalismo.

Com efeito, ampliaram por igual o raio da segurança a formas funcionais *institucionalizadas*, que se prendem organicamente ao exercício constitucional das atividades dos poderes públicos no regime de juridicidade imposto pelo próprio Estado de Direito.

Não quer isso dizer que o Estado liberal não haja abrangido também esse momento e essas garantias ampliadas, mas delas não teve consciência na medida necessária nem desde cedo lhes conferiu a mesma importância e o mesmo valor decisivo, atribuído, por exemplo, aos direitos individuais.

Ficavam estes – os direitos individuais – sempre gravados, juntamente com as garantias constitucionais, nas famosas "declarações de direitos". Mas como assinalou Rui Barbosa, com toda a precisão, essas declarações não exauriam outras garantias da lei maior, não vinculadas propriamente a direitos individuais. Vinculavam-se, sim, ao funcionamento de instituições ou de órgãos do poder público.

O egrégio publicista de nossa primeira República pôde assim arrolar entre outras, ilustrativamente, as seguintes garantias constitucionais de um modelo já desprovido, de forma imediata, do conteúdo subjetivo individualista: a dualidade das câmaras, a colaboração do chefe de Estado na produção das leis, a responsabilidade dos funcionários, a organização da justiça, a eletividade das funções políticas, as imunidades parlamentares, as incompatibilidades eleitorais e os direitos autonômicos dos Estados.[21]

A teoria das garantias constitucionais, chegando a essa fase, estava já bem perto do reconhecimento de outra modalidade autônoma, que receberia desde a primeira metade do século XX uma denominação diferente – a de *garantias institucionais* – criada pelo publicista que mais lhe aprofundou o estudo e que tem sido proclamado, sem contestação, o doutrinador por excelência de tão importante garantia: o jurista alemão Carl Schmitt.

Mas quando as garantias institucionais amadurecem na obra de Schmitt, já o Estado liberal principiava a ficar para trás com o advento do Estado social. Isto aconteceu a partir da República de Weimar. Daqui por diante, a análise conceitual da segurança das instituições e dos direitos fundamentais já não pode prescindir do conceito de garantias institucionais. Doravante ele se converte numa das colunas do Estado social, forma que rege a organização dos poderes públicos debaixo de uma nova inspiração política e filosófica, a qual deslocou o eixo do poder na vida do Estado, trazendo para as instituições a hegemonia da sociedade em substituição da antiga supremacia do indivíduo; a primeira, caracterizando o Estado social, a segunda, o Estado liberal hoje em grande parte decadente ou já extinto.[22]

21. Rui Barbosa, ob. cit., p. 207.

22. Depois da dissolução do sistema socialista de poder na União Soviética e nos países do Leste europeu, os liberais do fim do século XX parecem estar festejando a era de um novo Estado liberal – o do neoliberalismo – que seria uma forma mais limada e aperfeiçoada de "humanização" pós-marxista do capitalismo em relação ao problema crucial do Estado.

6. *As garantias institucionais*

Em face das garantias institucionais se levanta o problema que vimos surgir com as garantias constitucionais, a saber, são distintas ou são idênticas aos direitos fundamentais (outrora, direitos da personalidade, direitos da liberdade ou direitos individuais, segundo a terminologia em voga à época do liberalismo tradicional)? São as garantias institucionais as mesmas garantias constitucionais? Ou são uma categoria à parte, nova e autônoma de segurança e proteção jurídica?

Mas antes de analisar essas indagações em busca de uma conclusão esclarecedora, cabe verificar se já existe, de antemão, na doutrina, algum conceito firme de garantias institucionais.

Tais garantias, deveras escassas nas Constituições do Estado liberal, durante o século XIX, ou inexistiam ou simplesmente passavam despercebidas, conforme asseverou, com toda a razão, Jorge Miranda, mostrando que lhes era adversa a "ambiência individualista".[23]

As atenções constitucionais do liberalismo convergiam para os pólos da liberdade individual; a sociedade, os grupos, as instituições, o pluralismo das formações políticas e sociais, a ação intervencionista do Estado, os interesses organizados para o exercício das pressões sobre o Estado ainda não se haviam cristalizado nem muito menos se constituído com a força e a influência e o peso que viriam a ter com o Estado social do século XX, de maneira a reformar de certo modo a índole das Constituições e a dar aparentemente mais segurança aos direitos fundamentais,

Assim como a tempestade ideológica do período compreendido entre as duas grandes Guerras Mundiais fez os publicistas do totalitarismo decretarem o fim das democracias, em razão do advento do bolchevismo, do fascismo e do nacional-socialismo, quando em verdade o que perecera, em definitivo, fora tão-somente uma versão da democracia, confundindo-se assim a espécie com o gênero, do mesmo modo o desmoronamento das ditaduras socialistas levou muitos a proclamarem o fim do socialismo quando, em rigor, o que acabava não era o socialismo propriamente dito, mas uma espécie de socialismo – aquele dos métodos brutais do stalinismo, tão selvagem nas suas estruturas de exercício do poder quanto selvagem fora outrora a democracia capitalista do liberalismo burguês com respeito aos valores sociais do trabalho, da propriedade, da educação, da família e da cultura.

A indigência crítica e a desfaçatez, que têm sido moeda corrente nesta fase de transformações tão profundas, conduziram já um pensador contemporâneo do capitalismo a decretar também, do alto de sua arrogância, "o fim da História", para introduzir com esse conceito de historicidade absoluta – um conceito, sem dúvida, falso e ilusório – a paralisia de todo o processo dialético que move e há de mover sempre as sociedades humanas.

23. Jorge Miranda, ob. cit., p. 68.

ampliando tecnicamente em número e variedade os instrumentos jurisdicionais de proteção àqueles direitos.

De sorte que uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal.

A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito, posto já fora de toda a controvérsia doutrinária.

Todavia, compreendendo bem o risco, as insuficiências e as vacilações que ainda subsistem na esfera teórica, não nos furtamos a traçar, com firme convicção, o nosso entendimento acerca do que seja uma garantia institucional.

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.

No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova.

Em razão disso poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilatação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista.

Nesse caso faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a *garantia constitucional* é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.

Afigura-se-nos que unicamente nesse sentido é possível falar ainda em garantia constitucional, sem ficarmos preso à estreiteza e à unilateralidade clássica de sua acepção, dantes restrita tão-somente à proteção de liberdades e direitos individuais.

Pode-se, pois, a partir desse alargamento conceitual subsumir também na sobredita locução, familiar às tradições de nosso constitucionalismo, aquelas instituições cuja importância emerge dos textos constitucionais do século XX e que constituem uma das notas mais elucidativas da natureza de grande parte do Estado contemporâneo.

Em virtude das exigências de sua segurança e continuidade, produziram as sobreditas instituições, segundo alguns constitucionalistas da República de Weimar, a nova espécie já referida de garantias – as garantias institucionais, bastante úteis ou até mesmo indispensáveis para a compreensão de certas dimensões interpretativas dos direitos fundamentais.

7. *Enfraquece as garantias institucionais a proteção dos direitos individuais?*

Um derradeiro problema ainda nos poderia atormentar: o da anterioridade da instituição à Constituição, sobretudo a Constituição formal.

Suscitar-se-ia nessa hipótese uma questão análoga talvez à do jusnaturalismo, quando este indagava e logo asseverava a antecedência e a primazia dos chamados direitos naturais diante do Estado. Na problemática da garantia institucional toda resposta afirmativa da anterioridade da instituição, se não for mantida uma certa cautela, poderá eventualmente conduzir a uma distorção de entendimento, que favoreça a supremacia abusiva do Estado e sacrifique a preeminência dos direitos fundamentais.

Em verdade, o mesmo que aconteceu outrora com a teoria dos direitos fundamentais cuja prevalência limitada ocasionou graves danos à introdução dos direitos sociais, ao mesmo tempo que retardou o advento do primado dos interesses da sociedade sobre os do indivíduo, poderá também ocorrer, por outro lado, se os poderes estabelecidos proclamarem, em termos de valores absolutos, a supremacia das instituições, eventualmente legitimadoras da razão de Estado. Aqui a vítima, ao contrário, não seria a sociedade, mas o cidadão e suas liberdades.

É de todo o ponto conveniente pois indagar: Teriam as garantias institucionais diminuído ou debilitado a eficácia da proteção constitucional conferida aos direitos da liberdade? Teria havido com o advento desse conceito e dos seus conteúdos materiais uma queda de valoração daqueles direitos, sacrificados em sua dimensão extrema, peculiar à época do Estado liberal?

É questão ainda sem uma resposta de consenso, mas de todo aberta às pesquisas, às inquirições e às reflexões dos publicistas que acompanham no Estado social o grau de eficácia outorgado aos direitos fundamentais e a seus instrumentos de proteção.

8. *A teoria constitucional das garantias institucionais*

Foi essa teoria basicamente formulada pelos juristas da República de Weimar. Teve por idéia comum e fundamental, segundo Klaus Stern, o reconhecimento de que determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador.[24]

Citando Gross, assevera Stern que se trata de uma garantia munida de qualidade jurídico-constitucional específica, garantia "contra o Estado e não através do Estado".[25]

Que constitucionalistas de renome ou envergadura fizeram nascer essa teoria tão protetora dos conteúdos materiais da Constituição? Não padece dúvida que Martin Wolff, L. Waldecker, Carl Schmitt, R. Thoma, G. Anschuetz, E. R. Huber e F. Klein, a fina flor da geração de constitucionalistas weimarianos. Figuram eles, assim, entre os que deveras aprofundaram a lição desse conceito básico, que nos guia decisivamente na tarefa elucidativa acerca das relações dos direitos fundamentais com as instituições e institutos básicos, os quais recebem a proteção do Estado e de sua ordem constitucional.

Wolff contribuiu bastante para o magistério da garantia institucional partindo de institutos do direito privado: a propriedade e o direito sucessório,[26] ao passo que os demais a conduziram para o campo das instituições de direito público, onde se revelou tão fecunda. Waldecker erigiu a garantia do aparelho burocrático profissional, concebido em forma de "instituição",[27] enquanto Carl Schmitt despontou como o primei-

24. Klaus Stern, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 761.

25. "Es handelt sich um eine Garantie gegen den Staat, nicht durch den Staat". Klaus Stern, ob. cit., p. 761 e Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, 4ª ed. (revista e aumentada), t. IV, pp. 247/248.

26. Martin Wolff, *Reichverfassung und Eigentum*, pp. 5/6.

27. L. Waldecker, *Archiv des Öffentlichen Rechts*, v. 46, pp. 129 a 135.

ro e mais lúcido sistematizador e teorista dessa garantia. Deu-lhe a denominação de "garantia institucional", ao mesmo tempo que a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial ("besonderen Schutz") a determinadas instituições ("bestimmten Einrichtungen").[28]

A receita teórica das garantias institucionais prosseguiu dentro da escola weimariana com as diligências de Thoma empenhado em sublinhar e cimentar o caráter da proteção institucional com uma pauta mínima de intangibilidade. Nessa ordem de idéias ele assinala que a Constituição quer "consolidar de maneira absoluta o próprio instituto, a saber, o mínimo daquilo que lhe compõe a essência".[29]

Não busca conclusão distinta outro insigne membro da grande família de constitucionalistas que floresceu na Alemanha durante a República de Weimar, ou seja, Anschuetz, cujas reflexões a esse respeito se acham vazadas do seguinte teor:

"A eficácia de tal garantia é que ela garante o instituto de modo absoluto e com toda a força da proteção constitucional contra uma total supressão ou também apenas contra uma lesão ao mínimo daquilo que lhe perfaz a essência."[30]

Por fim, é de mencionar Klein, que extraiu oito garantias institucionais de direito público do exame de 36 prescrições da Constituição de Weimar, vinculadas com matéria de garantia institucional, conforme assinalou o professor Klaus Stern.[31]

Mais do que uma proteção *especial*, segundo a linguagem de Schmitt, a garantia institucional se caracteriza como proteção *qualificada*, no dizer do Mestre de Colônia.[32]

Faltava porém aos ensinamentos de Schmitt, conforme ponderou Klaus Stern, uma fórmula geral de validez para a capacidade de proteção e a eficácia protetora das garantias institucionais.[33]

Com efeito, procede a menção de Thoma, porquanto este condensou em termos precisos a diretriz fundamental inteligível: "As garantias

28. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 170.

29. R. Thoma, in H. C. Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, v. I, p. 1.

30. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, nota prévia aos arts. 198 e ss. p. 520.

31. F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, 1934, p. 328.

32. Carl Schmitt, ob. cit., p. 180 e Klaus Stern, ob. cit., pp. 761/762.

33. Klaus Stern, ob. cit., p. 8.555.

institucionais, repetidamente mencionadas, são proibições dirigidas ao Legislativo para não ultrapassar na organização do instituto aqueles limites extremos, além dos quais o instituto como tal seria aniquilado ou desnaturado".[34]

Não menos pertinente a alusão a Anschütz, que completa e escora a doutrina, com este conceito de Thoma: "As garantias institucionais são prescrições da Constituição que (...) no substancial aspiram a uma garantia de certos institutos jurídicos, de modo a assentar o respectivo instituto na Constituição, sem entrar na determinação de todas as particularidades do seu conteúdo".[35]

9. *A garantia institucional protege a essência da instituição*

A doutrina da garantia institucional, ministrada pelo constitucionalismo de Weimar, foi revigorada por Scheuner no seu clássico estudo de 1953 sobre *As Garantias Institucionais da Lei Fundamental*. A essa posição logo aderiram os comentadores do novo código constitucional alemão de 1949.

Dilataram eles, segundo Klaus Stern, o círculo da garantia institucional além dos limites traçados pelo constituinte de 1919. Foi este o caso de F. Klein, que provocou a reação de juristas da estatura de G. Duerig, colega de Maunz nos comentários à Constituição de Bonn, o qual advertiu para os perigos de uma dissolução sociológica da garantia, em razão da amplitude da institucionalização preconizada por Klein.

A garantia institucional é porém maior ou menor nas Constituições de cada país consoante o valor atribuído ou concedido pelo Estado a uma determinada instituição, podendo assim variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada. Fica tudo ao livre alvedrio do Estado, ou seja, de sua vontade suprema. Nesse espaço, o Estado, ao estabelecer limites, se move habitualmente com muito menos rigidez e com muito mais flexibilidade e independência do que na

34. "Die wiederholt erwähnten Institutsgarantien sind rechts-wirksame, an die Legislative gerichtete Verbote, in der Ausgestaltung des Instituts diejenigen äussersten Grenzen zu überschreiten, jenseits deren das Institut als solches vernichtet oder denaturiert wäre" (R. Thoma, in H. C. Nipperdey (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten des Reichsverfassung*, v. I, p. 30).

35. "Institutionelle Garantien sind Verfassungschriften, die (...) in der Hauptsache auf eine Garantie bestimmter Rechtsinstitute abzielen, der Art, dass sie das betreffende Institut als solches in der Verfassung verankern, ohne es in allen Einzelheiten seines Inhalts festzulegen" (Gerhard Anschütz, ob. cit., p. 520).

esfera dos direitos fundamentais, onde as garantias, deveras restritivas da ação do Estado, estão constantemente a tolhê-lo, salvo, é óbvio, quando o poder público, mediante prestações positivas e materiais, cumpre a tarefa (missão) de concretizar direitos sociais ou fazer eficazes princípios indeclináveis à conservação e à integridade do Estado social. Tal ocorre, portanto, quando o Estado, pela natureza mesma do regime ou do sistema político é instantemente solicitado a atuar, a intervir e a fazer, desempenhando a função de principal ator e artífice da igualdade social.

As garantias institucionais se tornam também efetivas, via de regra, por obra de pressões sociais ou de imperativos da consciência pública, empenhada e inclinada em promover a igualdade, como o primeiro dos postulados de um Estado.

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.

Com a atenção volvida para esse mínimo essencial, os constitucionalistas de Weimar – voltamos a assinalar – teorizaram sobre as garantias institucionais e o fizeram aparentemente em termos definitivos.

Com efeito, F. Klein, citado por Klaus Stern, encerrou o ciclo dos publicistas daquela república constitucional que levaram a cabo semelhante teorização.

Deixou ele patente e irretorquível na sua tese de doutoramento (*Habilitationsschrift*) que "a essência, sentido e fim das garantias institucionais consistem em que (...) os atos da *praxis* administrativa bem como a legislação ordinária do Reich e qualquer espécie de legislação do Estado-membro são e devem ser considerados inadmissíveis e inconstitucionais na medida em que afetarem a essência da (...) instituição, *o conjunto de seus traços essenciais integrativos* (F. Giese), *seu mínimo intangível* (Carl Schmitt), *o mínimo daquilo que compõe sua essência* (G. Anschütz e R. Thoma), *sua identidade* (F. Giese) (...) A garantia institucional simplesmente pode impedir e impedirá que uma modificação, erosão, dano, desnaturação, quebra, arranhão, restrição, esvaziamento, abuso e lesão da instituição sejam equivalentes a sua destruição completa e existencial".[36]

36. "Wesen, Sinn und Zweck der institutionellen Garantien gehen... dahin, dass Massnahmen und Verwaltungspraxis sowie der einfachen Reichs – und jedweder Art des Landesgesetzgebung insoweit unzulässig und reichsverfassungswidrig sein sollen und sind, als sie das Wesen der (...) Institution, *die Gesamtheit ihrer integrierenden Wesensmerkmale* (F. Giese), ihr unantastbares Minimum (C. Schmitt), das Minimumdessen, was ihr Wesen ausmacht (G. Anschütz und R. Thoma) ihre *Identitatät* (F. Giese) berühren... Die institutionelle Garantie kann und will lediglich die (...) einer völligen, existenziellen Vernichtung gleichkommende Abwandlung, Aushöhlung, Beinträchtigung, Entleerung, 'Überschreitung', Verletzung der Einrichtung (...) verhindern" (F. Mein, *Institutionelle Garantien und Rechtsgarantien*, 1.034, pp. 130, 134 e 135, bem como Klaus Stern, ob. cit., p. 356).

10. Os direitos fundamentais e as garantias institucionais

Pontes de Miranda no Brasil e Gomes Canotilho em Portugal, seguindo a mesma linha de Schmitt na Alemanha, assinalaram a necessidade de separar os direitos fundamentais das garantias institucionais. Confundi-los seria um grande erro, disse o primeiro; fazê-los idênticos equivaleria a ignorar "uma distinção clássica da doutrina alemã", advertiu o segundo.[37]

Disse Canotilho: "(...)as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais".[38]

Mas essa distinção de que Schmitt fez tanto cabedal não se deve admitir com extremo rigor. Procedia e é óbvio que ele a fizesse numa época em que a doutrina constitucional se achava em estado de guerra contra o liberalismo, sendo portanto alvo daquela necessidade discriminativa os direitos fundamentais compreendidos como direitos da liberdade ou direitos individuais.

O Estado social produziu porém vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante a renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pôde desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais, sem embargo de todo o empenho havido em separar direitos e garantias.

Essa conexidade só deixaria de ocorrer se baníssemos das garantias institucionais as garantias do instituto. Mas esse expurgo não é fácil nem todos o aceitam. São as garantias do instituto que formam o componente

37. Pontes de Miranda, ob. cit., pp. 247/248, e José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 438.

38. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 438/439.

institucional dos direitos fundamentais. Vejamos, porém, em primeiro lugar essa distinção e qual o seu significado teórico.

Das discussões sobre a Constituição de Weimar, Klaus Stern fez emergir uma clara distinção entre a garantia institucional, sempre referente a instituições de direito público, e a garantia do instituto, em que se protegem institutos de direito privado, assim entendidos a propriedade, a família, o direito sucessório etc. Na esfera material da Constituição, movido da preocupação schmittiana com determinados perigos e determinadas experiências históricas malfadadas, o constitucionalismo da época separou, de uma parte, os direitos fundamentais, que abrangem e visam proteger como tais os chamados direitos clássicos da liberdade individual, os direitos da igualdade e os direitos da participação política e, doutra parte, as garantias das instituições ou garantias institucionais, que conferem a certas instituições, estruturas de organização e figuras jurídicas fundamentais, uma idêntica proteção de grau superior, no patamar normativo da Constituição.

Também Duerig, reagindo contra uma expansão ilimitada da garantia institucional, observada na segunda metade do século XX, preconizou um retorno à compreensão clássica das garantias institucionais, ao mesmo passo que distinguiu entre garantias do instituto e garantias institucionais, uma distinção grandemente relevante em matéria de salvaguarda de direitos fundamentais.[39]

Garantias do instituto, segundo ele, são garantias de instituições relacionadas com direitos fundamentais, cuja "causa" vem a ser os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, ao passo que garantias institucionais são aquelas cuja existência independe de direitos fundamentais subjetivos.[40]

O "duplo caráter" de alguns direitos fundamentais providos de uma dimensão institucional nova se acha também assinalado por Gomes Canotilho, constitucionalista da Universidade de Coimbra, nos seguintes termos:

"Na explanação feita a propósito dos direitos fundamentais foi salientado o duplo caráter de alguns direitos fundamentais (direito subjetivo e garantia institucional). Quer isto dizer que as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estão estreitamente ligadas. Assim, por exemplo, a Constituição, ao mesmo tempo que

39. G. Duerig, *apud* Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

40. G. Duerig, nos *Comentários*, Maunz-Duerig, art. 1º, nota 97, *apud* Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36, n. 1), assegura a proteção da família como instituição. O mesmo se diga da maternidade (art. 68), do ensino (art. 73) etc."[41]

Em edição mais recente de sua obra *Direito Constitucional*, declara aquele constitucionalista, em consonância com a doutrina de Schmitt, que "sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autônomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias".[42] Esta a regra, que admite porém exceções, as quais ele de imediato referiu e que ocorrem quando há uma "imbricação" da garantia institucional com a garantia do direito fundamental. O Mestre de Coimbra exemplificou com a proteção do direito de liberdade de imprensa que é "praticamente indissociável da proteção da instituição imprensa livre".[43]

11. As garantias constitucionais do direito objetivo e as garantias constitucionais do direito subjetivo na Constituição brasileira de 1988

Não resta dúvida que coube à Lei Fundamental de Bonn inscrever pela primeira vez num texto de Constituição a expressão Estado social para fazê-la matriz de um sistema de governo e instituições.

Nunca o sentido da locução foi mais atual do que em nossos dias, principalmente depois de ultrapassado, de uma parte, o chamado capitalismo selvagem da idade do liberalismo e, doutra parte, o socialismo bárbaro das ditaduras de bases marxistas, de último, em manifesta decadência, senão já de todo extintas.

Em 1958, defendendo tese de cátedra numa das Universidades federais do Brasil, sustentamos a latitude máxima do conceito de Estado social, que do nosso ponto de vista compreendia duas modalidades básicas: o Estado social das democracias, fundado na idéia de dirigismo consentido, de baixo para cima, conservando porém intactas as bases do capitalismo e o Estado social do marxismo, onde o dirigismo era imposto e se formava de cima para baixo, com a supressão da infra-estrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção.

41. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 195.

42. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed.

43. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 439.

E fomos além, alargando o raio de abrangência, a ponto de declarar que o Estado social no capitalismo se compadecia com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não determinasse modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.[44]

Chegamos assim a escrever: "A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram, e continuam sendo, nos dois últimos casos, *Estados sociais*. Da mesma forma, Estado social é a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 30... Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo".[45]

Contudo, é o Estado social de direito, o mesmo da Carta de Bonn, na versão brasileira, aquele de que a seguir nos ocuparemos ao expor os instrumentos por ele proporcionados para fazer eficaz, na Constituição de 1988, a garantia e tutela dos direitos fundamentais.

O Estado social se esboçou no Brasil com a Revolução de 1930 que tem um sentido histórico bastante refratário aos princípios liberais, porquanto introduziu mecanismos até certo ponto adversos ao sistema representativo tradicional vigente no País. E o fez ao elaborar a Constituição de 1934, que reduziu o Senado a mero colaborador da Câmara dos Deputados no exercício do poder legislativo, dando-lhe a incumbência maior de promover a coordenação dos poderes federais entre si.

Todavia, o grande recuo na ordem constitucional representativa se deu com a introdução de um ramo da representação legislativa eleito pelas organizações profissionais por sufrágio indireto.

A bancada classista fazia híbrido o parlamento; sua existência significava uma concessão a teses corporativistas em voga na época. Família, educação, cultura, funcionários públicos e segurança nacional ocuparam três títulos da nova Constituição, que refletiu nesse ponto uma ponderável influência do constitucionalismo da República de Weimar, e das idéias estatizantes que se expandiam na década de 1930.

Mas nem tudo foi derrota para o antigo Estado de Direito da tradição liberal: ao antigo *habeas corpus*, basicamente o único meio processual de defesa dos direitos e das liberdades individuais contra o arbítrio

44. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4ª ed., p. 205.
45. Paulo Bonavides, ob. cit., pp. 205/206.

do Estado e com uma amplitude *sui generis* que perdurou até 1926, ano da única e efêmera reforma da primeira Constituição republicana do Brasil (a de 1891), se acrescentou, por criação do constituinte de 1934, o *mandado de segurança*, um novo remédio de jurisdição constitucional.

A nova Constituição sancionou o espírito da Emenda de 1926, que restaurava *o habeas corpus* em seu sentido originário e clássico de proteção constitucional a quem estivesse debaixo da ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder e, ao mesmo passo, por via de novo instrumento – o mandado de segurança –, protegia contra atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de qualquer autoridade administrativa o direito individual certo e incontestável.

O mandado de segurança que muitos queriam fosse uma espécie de *habeas corpus* civil enraizou-se no direito constitucional brasileiro e nenhuma Constituição subseqüente o retirou de seus textos, salvo a Carta autoritária de 1937, cuja omissão rebaixou aquela garantia constitucional a mera garantia legal.

Efetivamente, o Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, o manteve, embora com restrições, o mesmo acontecendo com o Código de Processo Civil de 1939. No Decreto-lei as restrições tinham aparentemente um cunho político, não se podendo impetrar mandado de segurança contra as mais altas autoridades executivas federais e estaduais (Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores de Estado). Já no Código as limitações impostas ao emprego do instituto se estendiam à esfera tributária (impostos e taxas).

Rezava o art. 141, § 24 da Constituição de 18 de setembro de 1946:

"Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

Com ligeiríssima alteração de redação, cujo alcance é irrelevante, o mandado de segurança entrou, a seguir, na Constituição de 1967, que instaurou no País a hegemonia do poder militar até o advento da Constituição de 1988.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de no-

vas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo.

Quanto às do primeiro teor, a saber, as de direito objetivo, a garantia das garantias, se assim podemos nos expressar, vem a ser a Constituição mesma, a sua rigidez, o seu grau de legitimidade, o seu formalismo, a eficácia, a juridicidade e o alcance de suas cláusulas, a par de um efetivo controle de constitucionalidade. Mas não param aí as garantias formais de que a Constituição será protegida e protegerá o Direito.

Uma outra garantia clássica, intimamente vinculada ao Estado de Direito, e que durante a primeira metade do século XX parecia constituir um obstáculo ao advento e à caracterização do Estado social, recebeu considerável reforço com a lei maior brasileira de 1988: o princípio da separação de poderes.

Rodeando o princípio de uma intangibilidade constitucional absoluta, o texto diz que não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda à Constituição tendente a aboli-la.

Levantando essa muralha protetora ao redor da máxima de Montesquieu, o art. 60, § 4º da Constituição derrubou por outro lado um muro que todas as Constituições brasileiras haviam mantido de pé até hoje: o da inalterabilidade da forma republicana.

De tal sorte que o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 2, de 25.8.1992, dispôs: "No dia 21 de abril de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País".

12. *As garantias constitucionais "qualificadas" e as garantias constitucionais "simples"*

Nas Constituições brasileiras tem havido inalteravelmente desde a Constituição republicana de 1891 garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau, as mais raras, e garantias constitucionais simples ou de segundo grau, as mais freqüentes.

Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte, ou seja, o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto sequer de deliberação da parte do poder constituinte derivado.

Ou, com mais precisão:

A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma.

Garantias constitucionais de primeiro grau são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema.

Não resultam elas difíceis de ser identificadas pelo hermeneuta: têm um raio amplíssimo de generalidade e algumas se acham diretamente estampadas e positivadas no art. 60, § 4º da Constituição.

Mas o art. 60 não exaure, por inteiro, essa classe de garantias. Haja vista, por conseguinte, que são também da modalidade descrita outras garantias esparsas no texto constitucional ou conduzíveis àquela cláusula, ou que dali se possam inferir, sobretudo em matéria de direitos e garantias fundamentais, bem como aquelas que derivam de limitações tácitas impostas ao poder de reforma constitucional.

A garantia constitucional de primeiro grau, dentro ou fora do art. 60, § 4º, *d*, protege o espírito da Constituição. Está fora do poder de emenda. Sobre ela não tem jurisdição o titular do poder constituinte constituído. Esse poder se insere unicamente na esfera jurídica de permissibilidade de emenda, estabelecida pela Constituição. Daqui se infere facilmente que a Constituição legitimou o legislador ordinário apenas com uma titularidade constituinte provisória e eventual, cujo exercício não poderá exceder os limites constitucionais.

A garantia constitucional simples ou de segundo grau, ao contrário da garantia qualificada ou de primeiro grau, recai unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar contudo o poder reformista do legislador constituinte constituído, competentemente habilitado pela Constituição para exercer o poder de emenda.

As garantias constitucionais de segundo grau são, de conseguinte, aquelas que não conferem aos preceitos constitucionais uma proteção de eficácia idêntica àquelas de primeiro grau, porquanto os resguardam

apenas contra o legislador ordinário, mas não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce, nos limites da Constituição, o poder de emenda constitucional.

Entre as garantias constitucionais de primeiro grau explicitadas no art. 60, § 4º, da recente Constituição brasileira, figuram por igual, além da separação de Poderes (que analisamos em outro lugar) e da forma federativa de Estado (esta última se conserva garantida desde a Constituição de 1891), também os direitos e garantias individuais, postos, pela vez primeira, tanto quanto aquele princípio, fora do alcance do braço reformista.

Em suma, contra ambas as matérias – a que divide os Poderes e a que contém os direitos e garantias individuais – são impotentes já o legislador ordinário, já o legislador constituinte enquanto titular do poder de emenda. Nunca houve, por conseguinte, no constitucionalismo brasileiro, nem mesmo na fase mais áurea de preponderância das doutrinas liberais, uma defesa constitucional tão rígida de dois princípios supremos do velho Estado de direito do liberalismo: a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

A conclusão que se extrai assim não poderá ser outra senão esta: ou o pensamento constitucional brasileiro teve criatividade teórica bastante para unir numa fórmula jurídica perfeita e acabada o Estado liberal com o Estado social – o que não nos parece haver já acontecido – ou produziu com aquela cláusula de garantias uma contradição enorme e frontal, que será o desespero e o tormento dos juízes e tribunais no exercício das competências de controle de constitucionalidade, em razão de eventuais colisões dos dois princípios, ambos de constitucionalidade máxima: o do Estado social e o do Estado de Direito. Qual deles porém prevalecerá? A Constituição não responde. Mas a resposta virá depois por via jurisprudencial com as decisões e arestos da Corte suprema brasileira, devendo os juristas do País ficarem atentos ao desempenho que a esse respeito terá o Supremo Tribunal Federal, convertido pela Constituição em Corte constitucional, com uma extensão e plenitude nunca dantes ocorridas.

13. *As novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição de 1988*

Vejamos, a seguir, as novas garantias que a Constituição, em forma de meios ou instrumentos processuais, trouxe para reforçar no constitucionalismo do Estado social a defesa e o amparo dos direitos subjetivos.

Muito afim ao instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão, que serve basicamente à proteção do direito objetivo, o constituinte brasileiro introduziu também no art. 5º, inciso LXXI do capítulo acerca dos direitos e deveres individuais e coletivos, um instrumento inteiramente desconhecido à tradição constitucional brasileira: *o mandado de injunção*, que tem nome e origem estrangeira – sobretudo anglo-americana – mas tão nacionalizado já em feitura, conteúdo e forma que dificilmente um jurista dos países de origem o reconheceria.

Reza o inciso constitucional que ele se concederá sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de uma norma aplicável à espécie concreta. Nesse caso a edição da norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado, à míngua de regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la.

O mandado de injunção serve, pois, para remover inconstitucionalidades por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais exarados na Carta Magna, ocorrendo sempre em casos concretos ou incidentalmente numa lide. Calmon de Passos, abalizado constitucionalista brasileiro, não se exprime a esse respeito de maneira diferente:

"No mandado de injunção se edita norma regulamentadora de preceito constitucional, com eficácia e incidência apenas no caso concreto. E esse exercício supletivo e substitutivo de função, em última análise, legislativa, pelo Judiciário, nenhum limite ou preclusão determina no tocante à competência da autoridade constitucionalmente definida para a edição da norma reguladora, com incidência legal. Assim sendo, depois de decidido o caso concreto, pode vir a ser editada a norma de caráter geral."[46]

Cabe ainda referir duas outras garantias de proteção dos direitos subjetivos produzidas pelo constituinte de 1988: *o mandado de segurança coletivo* e *o habeas data*.

46. J. J. Calmon de Passos, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data" – Constituição e Processo*, p. 127.

A primeira só em parte é novidade, pois nada mais representa senão o alargamento da legitimação da propositura de um remédio constitucional – o mandado de segurança – conhecido desde a Carta de 1934, com a qual nasceu, conforme já vimos, e cujo significado foi há pouco objeto de algumas considerações.

O *mandado de segurança coletivo* decorre do disposto no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, podendo, de acordo com o texto constitucional, ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Constituição manifestou com a ampliação da garantia o apreço que vota à defesa coletiva dos direitos, nomeadamente quando ocorre uma imbricação do direito subjetivo individual com o interesse não menos subjetivo do ente político, sindical ou associativo, legitimado doravante para impetrar o referido mandado.

Quanto ao *habeas data* é garantia nova, introduzida pelo art. 5º, inciso LXXII da Constituição, concedido para assegurar, segundo dispõe literalmente a regra constitucional, o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, assim como para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A aplicação e interpretação desse remédio constitucional se combina com dois outros incisos do mesmo art. 5º da Constituição – os incisos XIX e XXXIII – que também regulam matéria pertinente ao direito de informação, fazendo mais sólida a garantia contra abusos dos órgãos públicos.[47]

47. Os dois dispositivos conjugados com o uso do mandado de segurança poderiam aparentemente fazer supérfluo o *habeas data*, instituto que o jurista Cretella Júnior, de São Paulo, classificou de inócuo, por já existir, segundo ele, outro remédio processual apto a exercer igual função e preencher a mesma finalidade: o mandado de segurança. *Data venia*, discordamos desta posição. Só o *habeas data*, remédio com *status* constitucional, pode proteger, em toda a plenitude possível, o direito de informação. Duvidamos aliás que o mandado de segurança, há tanto tempo existente no País, fosse invocado com êxito perante os tribunais para coibir coerções e abusos de autoridades contra aquele direito. Haveria sempre evasivas, de inspiração política, dos órgãos coatores para descaracterizar a liquidez e a certeza do direito. Ver J. Cretella Júnior, "O novo e inócuo *writ* constitucional: o *habeas data*", in *Revista Forense*, 304/99-100.

O instituto cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites.

Finalmente, quatro regras básicas fazem ainda da Constituição brasileira, do ponto de vista formal, uma das mais completas e ricas de instrumentos e direitos para assegurar, se possível, a eficácia do Estado social assentado sobre as bases do Estado de Direito. São regras de máxima amplitude, previstas no propósito de alicerçar essa última modalidade de Estado.

A primeira configura, processualmente, uma *ação de descumprimento de preceito constitucional*, achando-se vazada no § 1º do art. 102, que reza: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. É uma das novidades do texto de 1988.

A segunda diz: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

A terceira constitui outra novidade: representa a explicitação de um entendimento doutrinário já amadurecido na teoria constitucional contemporânea, com base em formulações dos juristas autores da Carta de Bonn, e que entrou agora na lei maior brasileira com todo o imperativo de uma garantia constitucional de primeiro grau, a saber: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

Enfim, não menos significativa, mas de alguma ancianidade já em nosso Direito Constitucional, que sempre a tem reiterado desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), esta quarta regra fundamental: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Chegamos assim ao termo dessa exposição sumária acerca das garantias fundamentais de direito objetivo e de direito subjetivo que fazem a índole da nova Constituição do Brasil, com a visão do largo e ambicioso espaço jurídico onde ela traçou a esperança de conciliar em termos de eficácia normativa os princípios do Estado social com os do Estado de direito.

Carta prolixa de 250 artigos acrescida de um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 83 artigos, essa Constituição depende

ainda, formal e materialmente, de cerca de 200 leis complementares e ordinárias, das quais pouco mais da metade foi aprovada pelo Congresso brasileiro. Só a realidade dirá em breve, decorridos já quase 15 anos, se as diligências dos autores da Constituição de 5 de outubro de 1988 resolveram ou não, em definitivo, a *crise constituinte* da sociedade brasileira.

14. *O princípio da separação de poderes, garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista*

Nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes. Inarredável de todas as Constituições e projetos de Constituição já formulados neste País, desde 1823, data de elaboração do célebre Projeto de Antonio Carlos oferecido à Constituição Imperial, ele atravessou o Império e a República, rodeado sempre do respeito e do prestígio que gozam as garantias constitucionais da liberdade. A única exceção veio a ser a Carta de 1937, mas esta em rigor não foi uma Constituição e sim um ato de força de natureza institucional, tanto que afastou, por inteiro, o País de toda a sua tradição de liberalismo e representatividade do poder. Veja-se que depois do desastre de 1937, nem as Constituições outorgadas pela ditadura de 1964, sem embargo da violência de seu autoritarismo, ousaram tocar naquele princípio.

Minudente balanço do comparecimento indeclinável do princípio nos melhores textos de nossa tradição constitucional, até mesmo em alguns com a eiva do autoritarismo, como o de 1967, ou com a mácula da ilegitimidade de sua origem, como o de 1969, faz-nos concluir que as raízes de tão notável axioma são realmente profundas e inabaláveis na consciência jurídica do País. Diplomas que o omitiram, como o que lavrou Francisco Campos para escorar a ditadura do Estado Novo, ou aquele projetado para ser as "Bases de uma Constituição Política Ditatorial Federativa", por Miguel Lemos e R. Teixeira Mendes, representam tristes e solitários exemplos, unicamente dignos de menção para testificar e documentar um pensamento de violência e exceção contra os fundamentos da legitimidade liberal sobre os quais se tem buscado, quase cento e oitenta anos, assentar a consciência jurídica do Brasil. Três monumentos constitucionais consagraram, desde os séculos XVIII e XIX, o princípio da divisão ou separação de poderes, após a célebre teorização de Montesquieu: a Constituição dos Estados Unidos de 1787 – artigos I, II e III – a da França de 1791 – título III, artigos 3-5 – e a da Bélgica de 1831 – título III, artigos 26-30.

Faz-se mister lembrar também o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e art. 19 da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848. O art. 16 da Declaração rezava: "Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação de poderes determinada, não tem Constituição" ("Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a poit de constitution"). Já o referido art. 19 da lei maior de 1848 não era menos categórico ao exprimir o mesmo pensamento com extrema concisão: "A separação de poderes é a primeira condição de um governo livre" ("La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre").

A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias.

A jurisprudência das cortes constitucionais, em todos os Países abraçados à ordem jurídica do Estado de Direito, tem sabido por igual adotar o princípio como a melhor das garantias tutelares com que estabelecer as bases de um sistema de leis onde o exercício do poder se inspire na legitimidade dos valores que fazem a supremacia do regime representativo em todas as suas modalidades democráticas de concretização.

Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

A presença, pois, de autores contemporâneos que continuam vendo no princípio uma das mais excelsas garantias constitucionais do Estado de Direito não diminuiu na literatura jurídica deste século. Não diminuiu provavelmente em razão da virtude que tem ele – conforme Montesquieu já assinalara, com a clarividência de um pensamento meridianamente lógico – de limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da

soberania na esfera formal da legitimidade, é tão-somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.

Uma só Constituição, depois da Segunda Grande Guerra Mundial, basta para exprimir a importância que o princípio ainda desfruta: a Lei Fundamental de Bonn de 1949. A separação aparece ali, segundo Hesse, como "um princípio constitutivo, racionalizador, estabilizador e limitador do poder do Estado". Foi introduzido, pois, na qualidade de "princípio básico de organização constitucional".[48]

O princípio no estatuto básico da Alemanha Ocidental consta do art. 20, § 2º, inciso 2; art. 20, § 3º e art. 1º, § 3º, bem como dos títulos referentes aos Capítulos VII, VIII e IX, os quais distribuem competência entre o poder central e os entes associados.

Nos sistemas federativos, qual o nosso, cresce também o significado e a atualidade desse princípio, conforme assinalou Kirchhof numa análise magistral.[49] Não pensa de maneira distinta Böckenförde quando valoriza a máxima da separação ou divisão de poderes, mostrando que ela na Lei Fundamental não contraria, mas antes fortalece o princípio democrático da Constituição.[50]

Outros publicistas seguem a mesma ordem de reflexões, asseverando, como é o caso de Eberhardt Schmidt-Assmann, a precipitação de quem declarasse obsoleto o sobredito princípio. Ao mesmo passo, aponta ele para o caráter realista e não abstrato que a separação logrou na Constituição alemã, onde se manifesta numa dinâmica integrativa, não só dos poderes clássicos do Estado, mas também daqueles que, como a

48. Konrad Hesse, *Grudzüge des Verfassungsrecht*, § 13, III, p. 202; Klaus Stern, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, v. I, p. 626.

49. Basta este fragmento da análise de Paul Kirchhof:

"O princípio do Estado federal dá à divisão de poderes na democracia de partidos vinculadora de poderes, da idade contemporânea, uma esfera adicional e atualizadora de aplicação, cria na cooperação dos Estados-membros para a legislação federal um elemento eficaz da balança de poderes e repete, nas unidades federadas, o princípio clássico da divisão de poderes" ("Das Bundesstaatsprinzip gibt der Gewaltenteilung in der gewaltenverbinden Parteiendemokratie der Gegenwart einen zusätzlichen, aktualisierenden Anwendungsbereich, schäfft in der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern und in der Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung des Bundes ein wirksarmes Element der Gewaltenbalance und wiederholt in den Ländern das klassische Prinzip der Funktionenteilung" (Paul Kirchhof, "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", in *Handbuch des Staatsrechts*, v. I, p. 811).

50. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", in *Handbuch des Staatsrechts*, v. I, ob. cit., p. 944.

burocracia e os partidos políticos, se furtam a uma formulação tradicional e nem por isso devem ser considerados "blocos erráticos".

A grande virtude do princípio, segundo o publicista, consiste no exemplo contemporâneo a que o mesmo se prende, desdobrando, sistematicamente, de modo constante e renovado, os princípios articuladores das forças estatais e sociais.[51]

Em suma, é o velho artigo da doutrina liberal clássica que ainda perdura em nossos dias, naturalmente escoimado dos vícios e das incompreensões derivadas da extrema rigidez de sua aplicação nos ordenamentos constitucionais do liberalismo. Sua acolhida, por uma das Constituições contemporâneas do Estado social, revela, portanto, irretorquivelmente, a legitimidade dessa conclusão: onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado onde impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu.

Trata-se de um princípio invariavelmente sujeito a renascer das ruínas de todas as reformas políticas e jurídicas e institucionais que intentam bani-lo do novo Direito Constitucional construído por obra das idéias sociais do século XX. Nem poderia, aliás, ser diferente, desde que a primeira Constituição do Estado social pôs nos alicerces da divisão de poderes a proteção suprema dos próprios direitos fundamentais. É o que se depreende, com toda a nitidez, das ponderações de um abalizado constitucionalista de nossa época – Karl August Bettermann.[52]

A mesma avaliação do princípio, como pedra angular de uma Constituição do Estado de Direito, qual se acha concebido na Lei Fundamental da república de Bonn, promana também do entendimento do jurista Peter Badura. Não trepida este em assinalar que "no desenvolvimento do Estado moderno e na história das idéias políticas, encontra-se em toda a parte a separação de poderes, sobretudo onde o objetivo é a ordenação e a vinculação do poder estatal, o impedimento ao abuso do poder político e a garantia da liberdade". A divisão de poderes, prossegue Badura, está de tal forma ligada a todos os elementos principais do Estado de Direito e à idéia da Constituição, que ele, como princípio, pode equiparar-se a todas as idéias básicas do constitucionalismo moderno, a saber,

51. Eberhard Schmidt-Assman, "Der Rechtsstaat", in *Handbuch des Staatsrechts*, ob. cit., pp. 1.014, 1.015, 1.022 e 1.024.

52. Karl August Bettermann, "Die rechtsprechende Gewalt", in *Handbuch des Staatsrechts*, ob. cit., p. 776.

as que vinculam o poder do Estado aos postulados fundamentais do Direito.[53]

A lição de Klaus Stern, outro luminar do constitucionalismo contemporâneo, não se arreda desse entendimento. Diz o Mestre de Colônia, reportando-se à profundidade do influxo que teve o axioma divisor de poderes na Lei Fundamental de Bonn, que o Estado de Direito embebe todo o texto daquela Carta e constitui o espírito e a razão de ser da nova Constituição levantada sobre as ruínas do nacional-socialismo.

O Mestre de Colônia, ao mesmo passo, escreve que, sem embargo das críticas feitas ao princípio, "a tripartição há de ser mantida, e em verdade não apenas porque compõe a base do direito constitucional da Carta Magna senão porque na fórmula das três funções deve achar-se um princípio racional e empiricamente persuasivo, amadurecido num longo desenvolvimento histórico e até agora jamais excedido por qualquer outro". A esse respeito, remata, não diverge a doutrina nem tampouco a jurisprudência.[54]

De tudo quanto fica escrito, se infere a conclusão fundamental de que o velho princípio rejuvenesceu por obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade. Voltou assim a fruir a plena atualidade das ocasiões em que foi emblema de resistência a poderes autocráticos e a formas de governo havidas por usurpadoras de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Onde houver, pois, lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela do princípio e conjurar prosperem ofensas aos valores que ele representa na ordem jurídica. Nomeadamente quando se sabe que o nosso Direito Constitucional, conforme vamos demonstrar, nunca se afastou de uma aliança solene e formal com aquela garantia básica, tão bem estampada e reiterada no art. 2º da Constituição Federal vigente; o princípio da separação ou divisão de poderes se acha, com efeito, em nossa história constitucional fixado nos seguintes artigos dos Projetos e Constituições do País, formulados desde a Independência: art. 39 do Projeto de Constituição para o Império do Brasil, de 30 de agosto de 1823, de autoria de Antonio Carlos; art. 1º do Projeto de uma Constituição Monárquica elaborado por D. Pedro I, em 1823; artigos 9º, 10, 11 e 12 do Projeto de Constituição organizado no Conselho de Estado e apresentado ao Imperador, com data de 11 de

53. Peter Badura, *Staatsrecht – Systematische Erklärung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 205.

54. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. II, p. 525.

dezembro de 1823; dos artigos constantes da mesma numeração, da Constituição do Império de 25 de março de 1824; artigos com idênticos números, da chamada Constituição de Pouso Alegre, composta na Imprensa do "Pregoeiro Constitucional" dessa cidade em 1832; artigos 10 e 11 do Projeto de Constituição da República Rio-Grandense, de Alegrete, encabeçado por José Pinheiro de Ulhoa Cintra e firmado em 8 de fevereiro de 1843; art. 2º das "Bases para a Constituição do Estado de São Paulo, formuladas pela Comissão Permanente do Congresso Republicano e a este submetido para estudo e aprovação", em Campinas, em 19 de outubro de 1873; art. 14 da Constituição provisória outorgada pelo Governo Provisório e mandada publicar pelo Decreto-lei n. 510, de 22 de junho de 1890; art. 15 do Projeto de Constituição, proveniente do Governo Provisório e submetido ao Congresso Constituinte, tendo sido publicado pelo Decreto-lei n. 914, de 23 de outubro de 1890; art. 15 do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão Constituinte, a chamada "Comissão dos 21", e por esta aprovado em 21 de fevereiro de 1891; art. 4º, embora confuso, do Projeto Santos Werneck/Rangel Pestana, da célebre "Comissão dos 5"; art. 2º, com toda a clareza, do Projeto Magalhães Castro, também da "Comissão dos 5", elaborado em Petrópolis e datado de 7 de fevereiro de 1890; art. 4º do Projeto Américo Brasiliense de Almeida e Mello, igualmente membro da sobredita Comissão; art. 11 do Projeto da Comissão do Itamaraty enviado pelo Governo Provisório da Revolução de 1930 à Assembléia Nacional Constituinte em 16 de novembro de 1933; art. 3º da Constituição de 16 de julho de 1934; art. 3º do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Especial do Instituto dos Advogados do Brasil e publicado no *Diário da Assembléia*, de 29 de março de 1946; art. 36 do Projeto de Constituição elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte, e estampado no *Diário da Assembléia*, de 10 de novembro de 1946, em sua redação final; art. 36 da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 6º da Constituição de 24 de janeiro de 1967; art. 6º da Constituição outorgada em 17 de outubro de 1969 (formalmente uma Emenda à Constituição de 1967 decretada pela Junta Militar), e, finalmente, art. 2º da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Capítulo 16

A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Caracterização, conceito, natureza e universalidade dos direitos fundamentais. 2. Os direitos fundamentais da primeira geração. 3. Os direitos fundamentais da segunda geração. 4. A teoria objetiva dos direitos fundamentais: os valores e as garantias institucionais como abertura de caminho para a universalidade concreta desses direitos. 5. Os direitos fundamentais da terceira geração. 6. Os direitos fundamentais da quarta geração. 7. A nova universalidade dos direitos fundamentais. 8. A Declaração Universal dos Direitos do Homem. 9. A teoria da crise política (crise constituinte) e os direitos fundamentais. 10. A Declaração Universal e a proteção dos direitos sociais no Brasil.

1. *Caracterização, conceito, natureza e universalidade dos direitos fundamentais*

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo.[1] Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.[2]

1. Konrad Hesse, "Grundrechte", in *Staatslexikon*, v. 2.

2. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed.

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização.

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.[3]

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.[4]

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de sua universalidade, Carl Schmitt, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter de tais direitos enquanto direitos da primeira geração.

Senão, vejamos:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.[5]

Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam "segundo o critério da lei" ou "dentro dos limites legais". De tal modo que – prossegue Schmitt noutro lugar da *Teoria da Constituição* – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como *exceções*, estabelecen-

3. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 163/173.

4. Carl Schmitt, ob. cit., pp. 163 a 165.

5. Ob. cit., p. 164.

do-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.[6]

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Boutmy com Jellinek ao começo do século XX. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali "direitos naturais, inalienáveis e sagrados", direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

O fim de toda comunhão política não podia ser outro senão conservá-los, rezava o célebre texto. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: "Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações."[7]

2. *Os direitos fundamentais da primeira geração*

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

6. Ob. cit., p. 175.

7. Émile Boutmy, "La Déclaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek", in *Études Politiques*, pp. 139/140.

Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Enfim, se nos deparam direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

Vejamos agora de que maneira esses direitos se trasladaram para a esfera normativa e em que fase nos achamos.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço

mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

3. *Os direitos fundamentais da segunda geração*

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

4. *A teoria objetiva dos direitos fundamentais: os valores e as garantias institucionais como abertura de caminho para a universalidade concreta desses direitos*

Com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração, os publicistas alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.

Essa concepção de direitos fundamentais que contêm garantias institucionais – e segundo a qual, portanto, os direitos fundamentais não são apenas os direitos da liberdade – deve ser recebida com alguma cautela, pois a liberdade, ao contrário do que acontece com a propriedade, não é suscetível de "institucionalizar-se" como garantia. Se isto ocorresse, destruída ficaria a natureza mesma desse direito, sem dúvida o mais clássico direito dos direitos a que o homem aspira. Foi o que judiciosamente assinalou Albert Bleckmann, analisando a fundamentação teórica dos direitos fundamentais.[8]

8. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, p. 172. *Études Politiques*, pp. 139/140.

Graças às garantias institucionais, determinadas instituições recebem uma proteção especial, conforme disse Carl Schmitt,[9] para resguardá-las da intervenção alteradora da parte do legislador ordinário. São, segundo o mesmo publicista, uma categoria de direitos fundamentais, direitos que se não confundem porém com os da liberdade, porquanto a estrutura dos mesmos é lógica e juridicamente outra.[10] Demais, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas.

Não resultou assim difícil a tarefa empreendida por aquele jurista de identificar, entre outras, as seguintes garantias institucionais: as que rodeiam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juízes, a exclusão de tribunais de exceção etc.

O polêmico constitucionalista de Weimar colocou nos seguintes termos o seu conceito de garantias institucionais: primeiro, que haja uma garantia e que esta, de ordinário, seja de natureza constitucional; a seguir, que a garantia tenha um objeto específico, a saber, uma "instituição", visto que do contrário não se poderia falar de "garantia institucional"; e, finalmente, que se refira a algo atual, presente e existente, dotado de forma e organização, a que já se prende também uma situação jurídica constatável; a garantia institucional contém sempre, segundo a lição daquele publicista, elementos de garantia de um *status quo*.[11]

Não se confundem porém as garantias institucionais com as "garantias do instituto". Estas últimas, segundo Schmitt, ocorrem sempre em proveito de institutos jurídicos de direito privado: a propriedade, o direito sucessório, a família, o casamento. Sendo também garantias de direito constitucional, garantem relações jurídicas e complexos normativos típicos, tradicionalmente sólidos, ao passo que as garantias institucionais são pertinentes a instituições de direito público que "compõem uma parte da administração de assuntos públicos".[12]

Tendo sido o formulador do moderno conceito de garantia institucional, tão fecundo no campo do Direito Público, Carl Schmitt não ignorou porém a velha noção de garantia constitucional ou garantia da Constituição (*Verfassungsgarantie*), da qual só se pode com certeza falar, segundo ele, quando a Constituição se identifica com a garantia que oferece, e uma violação da garantia é, sem mais, uma violação da "própria Constituição"; enfim, quando um ataque (*Angriff*) ao objeto garantido é ataque à Constituição mesma.[13]

9. Carl Schmitt, ob. cit., p. 170.

10. Ob. cit., p. 170.

11. Carl Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassungs", 1931, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 149.

12. Carl Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten" (1932), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, ob. cit., pp. 215/216.

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade "objetivada", atada a vínculos normativos e institucionais,[14] a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser "criados", fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.

A busca desses pressupostos inspira, em rigor, o eixo normativo ao redor do qual gravitam não somente as novas Constituições senão também boa parte da legislação de direitos fundamentais das últimas décadas constante de tratados, pactos e convenções.

A nova universalidade dos direitos fundamentais é inseparável da criação desses pressupostos fáticos. Sobre eles já não tem o indivíduo propriamente poder. Passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem. Ganharam pois um novo nível de ação, bem mais alto, que não é o de um Estado particular, mas o de uma comunidade de Estados ou de toda a comunidade de Estados.

Todos os princípios da Constituição que obrigam o legislador são garantias institucionais na acepção ampla de Schmitt. Mas em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.

O conceito de garantia institucional, que foi tão afirmativo para escorar e legitimar a segunda geração de direitos fundamentais, enfrenta desde muito a sua crise, com perda de substância e densidade, como se fora já um conceito em aparente estado de dissolução. Perdeu, depois da contribuição de Schmitt, muito do teor inicial de precisão e, não obstan-

13. Carl Schmitt, "Freiheitsrechte", ob. cit., pp. 153/154.

14. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", *NJW*, fasc. 35, p. 1.530.

te a reconhecida existência de uma teoria institucional dos direitos fundamentais, ainda não se cristalizaram noções claras e científicas acerca desse instituto.

Afigura-se-nos que para tanto deveras contribuiu o alargamento do conceito de *instituição*, que em Schmitt fora primacialmente um conjunto de regras jurídicas, um complexo normativo e, de último, na crença de alguns juristas, se dilatou tanto que ocupa uma esfera de situações de fato, onde o social e o existencial, produzindo a instituição fática, tendem a quebrantar os vínculos que ela possa ter ainda com a juridicidade.

A importância porém das garantias institucionais é que elas revalorizam sobremodo os direitos da liberdade, até então concebidos numa oposição irremediável entre o indivíduo e o Estado, e o fizeram na medida em que se pôde transitar de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida.

Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Cresceu, pois, com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração o juízo de que esses direitos representam de certo modo uma ordem de valores, compondo uma unidade de ordenação valorativa que alguns juristas temem possa ressuscitar ou correr o risco de ressuscitar a rejeitada concepção de sistema, à qual, segundo Scheuner, os direitos fundamentais seriam irredutíveis.[15]

De acordo com a nova teorização dos direitos fundamentais, as prescrições desses direitos são também direito objetivo e isso levou, segundo Schmitt, à superação daquela distinção material entre as duas partes básicas da Constituição, em que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo.[16]

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o

15. Ulrich Scheuner, "Zur Systematik und Auslegung der Grundrechte", in *Staatstheorie und Staatsrecht*, p. 718.

16. Carl Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten", in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, ob. cit., p. 189.

da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.

5. *Os direitos fundamentais da terceira geração*

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.[17]

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinearam em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.

17. "Léçon Inaugurale", sob o título *Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*, ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, por Karel Vasak, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz, da UNESCO.

Ao contrário de Vasak, a expressão que Etiene-R. Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colônia, formulador do chamado "direito ao desenvolvimento", usa para caracterizar os direitos da terceira geração é solidariedade e não fraternidade.

O direito ao desenvolvimento foi o tema de uma aula de E. Mbaya inaugurando os Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1972. Em 1977 a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, apoiada na contribuição daquele professor universitário, formalizou, mediante resolução, o reconhecimento do sobredito direito. Durante a 3ª reunião daquela Comissão em 1980, foi ele incluído na Resolução Final do órgão.

O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.[18]

Admite que a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que quando "um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas". Com base nessa constatação, proclama o jurista a adequação e a propriedade de linguagem relativa ao reconhecimento de três gerações de direitos fundados no princípio da solidariedade.

No atual estádio de desenvolvimento do Direito, esse princípio, segundo o mesmo Mbaya, exprime-se de três maneiras:

"1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);

"2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *deficits*); e

"3. Uma coordenação sistemática de política econômica."

6. *Os direitos fundamentais da quarta geração*

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O

18. Etiene-R. Mbaya, *Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis*, manuscrito que supomos ainda inédito e que nos foi gentilmente enviado pelo autor.

neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente.

Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia.

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjutores da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o

termo "geração", caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Os direitos da quarta geração não somente culminam *a objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – *a subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principial*, *objetiva* e *axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globalização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade. Imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso onde o Homem e a sua liberdade – a liberdade concreta, entenda-se – parecem haver ficado de todo esquecidos e postergados.

Já, na democracia globalizada. o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.

7. *A nova universalidade dos direitos fundamentais*

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.

Foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal.

Com efeito, em 10 de dezembro de 1948 a Assembléia Geral das Nações Unidas mediante a Resolução n. 217 (III) aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, sem dúvida uma Declaração programática, mas que não deixou de ser a carta de valores e princípios sobre os quais se hão assentado os direitos das três gerações, objeto aqui de exame.

Dentre outros documentos relativos a direitos humanos produzidos este século, merecem especial menção: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Panrusso de 1918, convertido em Capítulo I da Constituição da República Soviética da Rússia, de 5 de julho de 1918; a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, as Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, os Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, tais como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 19 de dezembro de 1966; a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, a Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1961, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 26 de novembro de 1969 e a Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos, de 27 de junho de 1981.

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

8. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem*

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese.

Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos.

Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal.

Se a Declaração exprime esse grau adiantadíssimo de consciência do homem livre, cidadão de todas as pátrias, bem merece ela que se faça a respeito de sua importância um ligeiro exame doutrinário.

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa.

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.

Quando se faz do Estado unicamente um fim, privando-o de sua tarefa legítima de coadjutor eficaz da libertação das dependências, para erigi-lo em nascente e estuário de todos os valores, é que se perde de forma irremediável a faculdade de discernir os grandes momentos da trajetória libertadora, com que as idéias se afirmam e os princípios prevalecem; mas prevalecem em ordem a fazer o homem menos sujeito à coação das regras compulsivas e menos atado ao império das necessidades, sempre responsáveis, no ampliado universo da vida social, por uma diminuição dos espaços livres e autodeterminativos da pessoa humana.

Se bem examinarmos a evolução dos documentos declaratórios dos direitos humanos desde o século XVIII aos nossos dias, verificaremos talvez, com certa surpresa e júbilo, que há uma constante e uma lógica nos sucessivos graus históricos de sua qualificação.

Do campo filosófico ao campo jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos códigos, às constituições e aos tratados, depois de cursar a via revolucionária, essas Declarações fizeram vingar um gênero de sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral e governante. Ergueram-se desse modo conceitos novos de legitimação da autoridade, dos quais o mais importante vem a ser aquele que engendrou a chamada teoria do poder constituinte (*pouvoir constituant*). Mas poder constituinte cuja titularidade nos sistemas democráticos há de pertencer sempre à Nação e ao Povo, portanto, à soberania política do cidadão.

Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.

9. *A teoria da crise política (crise constituinte) e os direitos fundamentais*

O problema dos direitos humanos fundamentais no século XX, sobretudo na sociedade brasileira, não deve ficar desmembrado de uma teoria da crise política, cuja análise se faz imprescindível para podermos sondar o alcance e extensão das dificuldades que agora o País atravessa.

Com efeito, a crise política de uma Nação pode percorrer três distintos graus nesta escala: em primeiro lugar é crise do Executivo, que normalmente chega ao seu termo quando se muda a chefia de governo ou advém, de maneira bem-sucedida, uma nova política; a seguir, crise constitucional – de solução ainda possível – mediante uma Emenda à Constituição ou, nos casos mais graves e excepcionais, por via da reforma total ou da promulgação doutra lei maior; enfim, se converte ela em crise constituinte, a de terceiro e derradeiro grau, quando deixa de ser tão-somente a crise de um Governo ou de uma Constituição para se

transformar em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em seus últimos fundamentos.

Não precisamos descer ao primeiro século de nossa história constitucional para ilustrarmos com exemplos o deplorável quadro das crises que continuam a afligir-nos desde que fundamos a comunhão nacional.

Nunca, porém, as três conjunturas se conjugaram com tamanho ímpeto e força como nas décadas da segunda metade do século XX. Uma só época constitucional – a do transcurso da Constituição de 1946 – coloca-nos diante do desastre de legitimidade a que ontem chegamos e do qual, em nossos dias, ainda não emergimos.

Efetivamente, durante aquele singular período de nossa existência, vimos primeiro uma crise de governo ou crise executiva, quando Getúlio Vargas entrou em conflito com o Congresso e, não podendo resolver a pendência, suicidou-se.

A seguir, decorridos menos de dez anos, passamos por uma crise constitucional, com a renúncia de Jânio Quadros e a introdução do parlamentarismo do Ato Adicional. Já não se tratava então de substituir um Governo, mas de alterar a própria forma de Governo, numa experiência, aliás, malograda.

Finalmente, não se resolvendo a crise constitucional, mediante o retorno ao presidencialismo, cedo ela se converteu na mais funesta de todas as crises: a crise constituinte, que recai sobre o Governo, a Constituição e a Sociedade.

Nessa crise submergimos durante todo o período autoritário em que o País se governou por Atos Institucionais e decretos-leis.

Toda vez que os desesperos coletivos somam os infortúnios gerados pelas três crises, produz-se a desmoralização política da Sociedade e os direitos humanos fundamentais padecem muito com isso.

A tragédia da organização constitucional dos países do Terceiro Mundo decorre grandemente da impossibilidade de fazer estáveis as formas democráticas da Sociedade, açoitadas de problemas sociais, econômicos e financeiros quase insolúveis numa estrutura de poder onde o Estado é tudo e a Nação civil muito pouco.

Ontem, quando havia separação entre Estado e Sociedade, o Estado liberal era o Estado da *legalidade*; agora que essa separação inexiste, ou já não pode existir, o liberalismo somente há de sobreviver num Estado social de *legitimidade*.

Mas sobreviver como? À sombra das Constituições e dos Tribunais Constitucionais, cuja jurisprudência atualiza, a cada aresto oracular, tanto a matéria dos direitos sociais como a da limitação de poderes. Removendo ambigüidades ou solvendo controvérsias, faz-se, pela via hermenêutica, o texto se acercar da realidade, ou seja, produz-se a eficácia, a juridicidade, o respeito e o cumprimento rigoroso das normas constitucionais.

10. A Declaração Universal e a proteção dos direitos sociais no Brasil

Basta, pois, que se atente na índole dos direitos sociais para compreender que o problema da legitimidade é hoje crucial, não podendo ser eficazes as Constituições em cuja moldura jurídica ele não se resolve em harmonia com as aspirações do consenso.

O coração das Constituições estáveis se localiza como órgão de continuidade nas disposições do processo legislativo de reforma constitucional. A parte intangível do ordenamento que se furta à intervenção reformista é também de capital importância. Guardamos a esse respeito uma tradição de rigidez presente a cada texto constitucional do período republicano.

Mas uma novidade da maior importância trouxe, de último, a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los.

A garantia se robustece por igual com dispositivo idêntico tocante à separação de poderes, pois sem esta não há liberdade nem direitos humanos debaixo da proteção constitucional. O constituinte brasileiro deu assim um passo significativo de cunho formal, que coloca fora de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir aqueles direitos.

Ocorre, porém, que o avanço teria muito mais profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, pelo menos os direitos sociais que, desde a Carta de 1934, compõem a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado social, os quais, sem retrocesso, têm sido consagrados pela evolução do constitucionalismo brasileiro durante os últimos cinqüenta anos.

É óbvio, por conseguinte, que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram.

Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos. O mesmo poder constituinte que deu um passo de abertura em relação ao passado, contra o privilégio da imutabilidade do sistema republicano, tornando

possível, por via de emenda constitucional, a eventual introdução até mesmo da monarquia constitucional federativa, teria dado um passo muito mais avançado e gigantesco em relação ao futuro, se fizesse intangíveis, dentro da normatividade constitucional, aqueles direitos fundamentais já consagrados que regem as relações mútuas entre o trabalho e o capital.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

Capítulo 17

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A interpretação dos direitos fundamentais e a Nova Hermenêutica. 2. O velho Direito Constitucional da separação de poderes e o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais: do positivismo formal em decadência ao pós-positivismo material em ascensão. 3. A necessidade de fazer eficazes os direitos fundamentais e a insuficiência da Velha Hermenêutica. 4. A teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais. 5. As teses básicas de Kirchhof acerca da interpretação dos direitos fundamentais. 6. A concretização, método específico de interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais. 7. As teorias de direitos fundamentais e sua relevância interpretativa: A) As classificações de Scheuner, Grabitz, Wilke, Müller e Böckenförde. B) A teoria liberal dos direitos fundamentais. C) A teoria institucional dos direitos fundamentais. D) A teoria dos valores. E) Qual a teoria que deve prevalecer? 8. A interpretação dos direitos fundamentais segundo a Constituição de 1988: o problema hermenêutico dos direitos sociais em face da expressão "direitos e garantias individuais" do art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior.

1. A interpretação dos direitos fundamentais e a Nova Hermenêutica

"A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação", disse o constitucionalista espanhol Javier Perez Royo, no capítulo V do seu *Curso de Direito Constitucional*. E a seguir completou a base de sua lição com outra assertiva não menos lúcida e lapidar: "Sem interpretação não há direito", ou, com mais propriedade, "não há direito que não exija ser interpretado".[1]

1. Javier Perez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 97/98. Aliás, a interpretação a que se aplica o rigor dessa assertiva não é, contudo, a da Velha Hermenêutica, mas a da Nova, que melhor se denomina *concretização*. Interpretar nesse contexto quer dizer concretizar. Convém o reparo para expungir dúvidas, quando se sabe que determinadas proposições normativas de literalidade cogente, ou vazadas em termos matemáticos e absolutamente mandamentais, como já referimos noutro trabalho, fazem escusada toda diligência interpretativa. Só essas regras de natureza excepcional, cuja imperatividade ou quantitativismo é categórico não abrem espaço à razão humana

Verdades tão óbvias, ele as trouxe à colação unicamente para manifestar estranheza e perplexidade diante da "ausência total" com que se manteve durante século e meio a interpretação afastada do Direito Constitucional, e "a sua presença súbita nas últimas décadas".[2]

Tem ele máxima razão em afirmar que o Direito Constitucional há sido, pois, um direito sem interpretação, até meados do século XX, e que só depois dos anos 50 é que se veio efetivamente a falar de interpretação da Constituição.[3]

Principia, a nosso ver, desde aquela década, a ascensão hegemônica da Hermenêutica na esfera do Direito Constitucional. Quatorze anos antes, porém, do Prof. Javier Perez, na mesma linha desse pensamento crítico, havíamos ponderado já a surpresa que nos causava a completa ausência, em nossos compêndios de Direito Constitucional, de capítulos consagrados à interpretação. Foi essa uma lacuna que buscamos preencher no Brasil há cerca de duas décadas com o nosso *Direito Constitucional*, lançado em 1980.[4]

O que se disse genericamente acerca da interpretação da Constituição vale também para a hermenêutica dos direitos fundamentais, que entra por igual retardada na ciência constitucional da segunda metade do século XX. Trata-se, por conseguinte, de tema que parece virgem nas letras jurídicas do País, pelo menos nos seus tratados de Direito Constitucional.

para duvidar de seu sentido; a elas unicamente é que cabe o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Não se concretizam nem se interpretam; aplicam-se.

2. Javier Perez Royo, ob. cit., pp. 97/98.

3. Javier Perez Royo, ob. cit., p. 98.

4. Com efeito, fixa Javier Perez Royo as nossas vistas na inércia da tradição européia que durante tanto tempo manteve a interpretação da Constituição arredada da exposição e do exame dos temas constitucionais. Em 1994, lastimava ele no seu excelente *Curso* que os manuais de Direito Constitucional publicados na Espanha não contivessem uma só lição dedicada à interpretação, nem figurasse a matéria nos programas de Direito Constitucional de suas Faculdades de Direito. Ora, muito antes, há 22 anos, urge reiterar, havíamos, por coincidência, manifestado idêntica estranheza diante da mesma omissão entre nós, omissão que já àquela época buscávamos preencher. Efetivamente, no "Prefácio" à 1ª edição do nosso *Direito Constitucional*, de 1980, fazíamos a seguinte ponderação: "Hoje a interpretação da Constituição compõe o problema crucial de todo o Direito Constitucional e todavia nenhum compêndio dos que circulam no Brasil em língua portuguesa devota ao menos um capítulo a este tema crepitante. O sentido de atualização domina a presente contribuição; do contrário, não a teríamos escrito. Folgaríamos, pois, de tê-la como instrumento auxiliar nessa tarefa de modernizar entre nós o estudo da matéria, trazendo ao meio universitário o debate de problemas de hermenêutica, sistema constitucional e teoria das normas constitucionais, nos moldes da mais recente produção doutrinária".

Mas antes de versarmos diretamente a matéria interpretativa dos direitos fundamentais, faz-se mister formular um conceito desses direitos em harmonia com a sua linha evolutiva mais recente, levando em conta, a esse respeito, dimensões desconhecidas até meados do século XX e que lhe dilataram consideravelmente o âmbito de incidência social, alterando desde as raízes o respectivo relacionamento com o Estado, o qual dantes se mantinha circunscrito ordinariamente a uma esfera negativa e subjetivista de puro teor antiestatal.

Considerando, pois, os aspectos positivos que ora prevalecem às antigas noções de resistência e defesa, configurativas do conceito unilateral de liberdade, imperante na versão clássica do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais incorporaram ao seu âmbito as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa. É isto que consente, conforme ponderou Albert Bleckmann, defini-los "como as normas objetivas da Constituição que regulam as relações dos indivíduos com o Estado".[5]

À sombra, portanto, da conjugação do subjetivo com o objetivo, discorreremos em seguida acerca da hermenêutica dos direitos fundamentais.

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.

Os publicistas que mais afortunadamente classificaram ou identificaram teorias de direitos fundamentais, sem, todavia, as desenvolver, tiveram, com certeza, esse notabilíssimo mérito: o de patentear a impossibilidade de alguém atuar na esfera interpretativa de direitos fundamentais ou de cláusulas da Constituição tendo recurso unicamente ao emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto das variadas disposições legais. Fora esta, com efeito, a praxe peculiar tanto à metodologia clássica do positivismo como ao seu

5. Albert Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, pp. 41/42.

dedutivismo formalista, o qual costumava operar sobretudo nos distritos tradicionais do Direito Privado.

Quando trasladado, porém, ao campo do Direito Público, esse formalismo positivista intentava equiparar a Constituição à lei, como se fossem ambas dotadas da mesma estrutura, natureza e substância. Tratar a Constituição exclusivamente como lei é de todo impossível. Constituição é lei, sim, mas é sobretudo *direito*, tal como a reconhece a teoria material da Constituição.

Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *principial*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.

Daqui se infere o seguinte: aquele dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o substrato estrutural já da Constituição, já dos direitos fundamentais. Afastados da interpretação, sem eles não há, em rigor, concretização, por não haver "pré-compreensão" (*Vorverständnis*), e, não havendo "pré-compreensão", quase todo o Direito Público tende a ficar abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade. Tudo isso à míngua de conteúdos reais, por obra de um formalismo que, apartado do universo real, tolhe, na operação cognitiva, executada por um intérprete prisioneiro da racionalidade lógica, o alcance da presença e ação do elemento indutivo, este fator tão importante na captação dos sentidos normativos.

Aqueles valores e princípios representam, por conseguinte, a matéria-prima da Nova Hermenêutica; esta, outra coisa não é senão a própria teoria material da Constituição.

Aliás, "a teoria material da Constituição é a hermenêutica mesma do Direito Constitucional" – disse, em 1961, numa assembléia de juristas alemães em Freiburg, o constitucionalista Horst Ehmke, conforme lembrou há pouco Klaus Stern, com inteiro senso da atualização dessa assertiva. E Ehmke acrescentou que os direitos fundamentais são, no fundo, a *Gretchen Frage*, a questão vexatória de toda a Hermenêutica.[6]

O Direito Constitucional, ao criar, assim, a Nova Hermenêutica, que lhe é específica, acolheu no plano científico do Direito as considerações axiológicas, mas referidas unicamente àqueles valores vazados no direito positivo e que desde muito, por um certo ângulo, constituem a matéria-prima do sociologismo jurídico ou do concretismo, de Ehrlich a Karl Engisch. Com isso, o Direito Constitucional, se não arruinou, pelo menos fez arcaico o formalismo metodológico da Teoria Pura do Direito.[7]

6. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/2, p. 1.678.

O jurista Karl Korinek, embora não aceite a distinção entre os métodos interpretativos aplicados ao Direito Constitucional e aqueles utilizados nas demais disciplinas jurídicas – o que, em última análise, implica uma restrição à Nova Hermenêutica –, admite, todavia, que a interpretação constitucional, e, por via aditiva, acrescentamos nós, a dos direitos fundamentais, se reveste de características especiais decorrentes da singularidade de sua problemática, do lugar que a Constituição ocupa no sistema global da ordem jurídica e das amiudadas imprecisões conceituais estampadas nos textos constitucionais.[8]

Sob a égide, em grande parte, da Nova Hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou, pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Gerber, Laband, Anschütz, Jellinek – este mais atenuadamente – e, de último, Kelsen; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico;

7. Afigura-se-nos que o constitucionalista austríaco Karl Korinek acerca-se bastante desse entendimento nas reflexões com que remata seu artigo sobre a interpretação do Direito Constitucional numa obra em homenagem a R. Walter, um dos mais distintos sucessores de Kelsen e atual chefe daquilo que ainda resta da célebre Escola de Viena (Karl Korinek, "Zur Interpretation von Verfassungsrecht", in *Festschrift für R. Walter*, p. 385).

8. Karl Korinek, ob. cit., p. 364.

a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais, dantes vistos no antigo Direito Constitucional tão-somente pelo prisma de sua subjetividade; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e doutros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico.

Nomes respeitáveis e provectos da ciência jurídica contemporânea contribuíram deveras para que se operasse no Direito Constitucional essa mutação renovadora e fecunda, tão decisiva em afiançar-lhe a supremacia sobre todas as demais ciências do Direito.

Dentre os juristas alemães que tiveram papel de destaque na fixação dos novos rumos impostos ao Direito Constitucional, tendo por base a Tópica e a Nova Hermenêutica, faz-se mister ressaltar os seguintes: Theodor Viehweg, com *Tópica e Jurisprudência*, estampado em 1953; Martin Kriele, com *Teoria da Produção Jurídica*, de 1967; Joseph Esser, com *Pré-Compreensão e Escolha dos Métodos na Aplicação do Direito*, de 1970; Friedrich Müller, com a *Metódica Jurídica*, de 1971; e H. J. Koch e H. Ruessmann, com a *Teoria da Fundamentação Jurídica*, de 1982.

São igualmente dignos de menção, por constarem dos quadros criativos da Nova Hermenêutica constitucional, os juristas Horst Ehmke, Ulrich Scheuner e Peter Häberle. Escreveram eles obras cuja leitura se faz indeclinável para bem compreendermos as transformações de que promanou o Direito Constitucional contemporâneo.

2. *O velho Direito Constitucional da separação de poderes e o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais: do positivismo formal em decadência ao pós-positivismo material em ascensão*

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

Organizar os poderes e traçar a linha das competências indispensáveis ao seu correto e efetivo funcionamento fora anteriormente a preocupação dominante das forças e correntes mais conservadoras que circulavam no constitucionalismo da idade liberal, sobretudo em França, durante a segunda metade do século XX; tal preocupação, todavia, ainda se exprime no pensamento constitucional. Um jurista e cientista político do quilate de Burdeau, até há pouco, não tinha a Constituição por "direito", mas por "idéia", e, em razão disso, não a levava tão a sério como devia, conforme inculcou muito bem, recentemente, o publicista Favoreu.

Considerável número de cientistas daquele país, segundo o mesmo jurista, se tem aferrado ao entendimento de que a Constituição não é direito, "por tratar-se de um texto demasiado vago, excessivamente geral, que carece de força normativa e que não tem nenhuma densidade enquanto norma".[9]

Talvez semelhante entendimento derive do juízo expendido pelos publicistas acerca da estrutura especial das normas constitucionais, que, sendo, não raro, abertas, incompletas e imprecisas ou demasiado genéricas, impetram para sua interpretação, conforme assinalou Gern, o emprego de métodos distintos daqueles normalmente utilizados na hermenêutica das leis.[10] Por isso mesmo, servem, a nosso ver, como critérios mais eficazes no âmbito da interpretação constitucional, e não como peças meramente auxiliares ou tributárias da metodologia clássica.

Tornando, porém, ao conceito de Burdeau acerca da Constituição, acima referido, cabe, agora, indagar: mas, se não é direito nem lei, que é, então, a Constituição? Um texto político? Um corpo de normas programáticas? Uma carta de boas intenções? Nada disso. A Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.

A pertinácia da escola francesa de arredar a Constituição do direito e da lei reflete, em grande parte, a decadência, o atraso e a baixa ou nenhuma influência que o Direito Constitucional francês, de certo modo fossilizado, exerceu durante vasto período ulterior a II Grande Guerra Mundial sobre a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, em contraste com o influxo luminoso doutras épocas em que avultavam o poder e a força de irradiação de seus princípios, nomeadamente os de sua filosofia

9. Louis Favoreu, *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales*, pp. 300/301.

10. Alfons Gern, "Die Rangsfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen", in *Verwaltungs Archiv*, v. 80, fasc. 4, 1, p. 424.

dos direitos naturais do homem. Essa filosofia fora a coluna do constitucionalismo da liberdade, imperante durante os séculos XVIII e XIX, desde o advento das Constituições.

Mas da herança francesa ficou algo sólido, perpetuado na tradição do Estado de Direito e que tem importância para a conservação da liberdade e a formulação constitucional desse conceito nos termos do binômio Estado e Sociedade: o princípio da separação de poderes.

Em verdade, na Constituição, a tripartição e a organização dos poderes são, de último, tocante à sua estrutura, a imagem do Estado, ao passo que os direitos fundamentais compõem a efígie da Sociedade. Espelhando-a, exibem tais direitos uma extrema complexidade, por retratarem os fatores sociais do poder, sujeitos a constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa.

A densidade problemática dos direitos fundamentais desdobra-se em quatro dimensões sucessivas ou camadas cumulativas superpostas: direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações, tomando os da segunda, terceira e quarta gerações, do ponto de vista hermenêutico, uma importância contemporânea incomparavelmente superior à de todas as questões que outrora, no contencioso constitucional, envolviam as relações entre os Poderes.

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.

Enfim, podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar.

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar

o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder.

No que concerne ainda à figura abstrata do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização; enfim, aquilo que os alemães com rigor científico costumam designar, numa feliz expressão de linguagem, por *Vorverständnis* e que sói fazer na cabeça do magistrado a *ratio* das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos.

A dimensão objetiva, apesar do reconhecimento da doutrina dominante, tem sido, todavia, alvo de alguns reparos, como aqueles que partiram de Dieter Grimm, publicista e juiz constitucional na Alemanha.

Em obra recente, intitulada *O Futuro da Constituição* (*Die Zukunft der Verfassung*),[11] ressalta ele que, na Dogmática dos direitos fundamentais, depois da II Grande Guerra Mundial, as inovações mais importantes foram a descoberta do princípio da proporcionalidade e o desenvolvimento (*Entfaltung*) do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais.[12]

Esse conteúdo jurídico-objetivo provoca a chamada "hipertrofia dos direitos fundamentais" (Bettermann). Mas configura, ao mesmo passo, numa variação incontrastavelmente qualitativa, o rompimento e a mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado, e vice-versa. Relação característica do *status negativus* e do sub-

11. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*.
12. Dieter Grinnn, ob. cit., p. 221.

jetivismo individualista da idade liberal. Sucedeu-lhe, porém, outra relação, agora mais ampla – pluridimensional e plurifuncional –, que é a do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado. A hegemonia traslada-se, então, para a Sociedade, com as novas gerações de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo, transformando a Constituição em ordenamento jurídico fundamental da Sociedade, e não apenas do Estado.

Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.[13]

Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um "duplo caráter" (*Doppelcharakter, Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um

13. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrecht als Grundsatznormen", in *Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed., pp. 182, 183, 187.

aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de *pré-compreensão* (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização.

Convém assinalar que o jurista Grimm, já mencionado, advertiu acerca dos riscos e da necessidade de cautela no tocante à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas o fez com algum exagero – algo unicamente cabível se, por imprudência, elastecêssemos sem limites o alcance da própria teoria material da Constituição, desamparando-a de sua eficácia normativa.

Exprimiu aquele autor o receio, freqüente entre os teoristas liberais e conservadores, de que o *status quo* social fique exposto à instabilidade e à controvérsia, como sói acontecer toda vez que se interpretam os direitos fundamentais apenas pelo prisma da objetividade jurídica.

Em rigor, a compreensão mais larga desses direitos e de suas funções, mediante uma interpretação jurídico-objetiva sem fronteiras, poderia acarretar a perda de racionalidade na aplicação das regras jurídicas, o afrouxamento dos cânones da hermenêutica clássica e o advento de uma nova metodologia interpretativa, inclinada a fortalecer abusivamente o poder judicial, propiciando a usurpação das competências políticas de ordinário reservadas aos demais Poderes, a saber, o Legislativo e o Executivo.[14]

Reflexões desse teor conduzem, de necessidade, a uma indagação maior acerca da legitimidade que teria o Poder Judiciário para manter, por via de sua função hermenêutica, tal superioridade sobre os Poderes Legislativo e Executivo. A hermenêutica constitucional, por exemplo, não teria como tolher a politização dessa relação de poderes, com a hegemonia do Judiciário e o quebrantamento da garantia que o clássico

14. Dieter Grimm, ob. cit., pp. 222/223.

princípio de Montesquieu de alguma maneira sempre representou para a liberdade no Estado moderno.

Afigura-se-nos, porém, haver para tanto uma saída possível: aquela vislumbrada na Metódica de Friedrich Müller, constante de sua Teoria Estruturante do Direito. Ela afasta esse perigo e protege os direitos fundamentais com a hermenêutica normativa da concretização compreendida na moldura de um Estado democrático de Direito, onde avulta sobretudo a eficácia das regras constitucionais fora de todo formalismo exclusivo, unilateral e restritivo, sem janelas ou abertura para o universo das realidades sociais concretas; estas que, na aplicação hermenêutica, fazem parte, indissociavelmente, da própria natureza, vida, substância e normatividade do preceito jurídico, do qual a *praxis* é conteúdo integrativo e essencial. Sem a *praxis*, o texto legislativo tanto nos Códigos como nas Constituições é pré-normativo, qual se infere da Teoria Estruturante do Direito, do eminente jurista de Heidelberg.

Em verdade, a obra de Müller é a teorização jurídica da *praxis* e sua estruturação por via hermenêutica. Nessa assertiva inserem-se duas originalidades de seu pensamento: a primeira, a natureza *jurídica* de sua teoria, que não é sociológica nem filosófica, mas estritamente científica; a segunda, a unificação pragmática do *sein* com o *sollen*, isto é, do ser com o dever-ser, na linha de um largo e abrangente realismo, dissolvendo e ultrapassando, assim, a dualidade clássica do positivismo formal mediante o emprego de uma metodologia hermenêutica que se percebe de cunho nitidamente indutivo e que importa a rejeição de todos os elementos dedutivistas, cuja aderência essencial ao texto, supostamente normativo em si mesmo, sempre foi o timbre das correntes formalistas tradicionais.

Invalidadas as objeções do positivismo formalista que teme o colapso da normatividade das Constituições com o emprego dos critérios materiais de interpretação dos direitos fundamentais, caberá, feitas as ressalvas de risco já apontadas, manter o reconhecimento da importância capital da dimensão objetiva.

Precisamente por ignorar essa dimensão dos direitos fundamentais, que hoje são a alma das Constituições, e não operar com os conceitos de pré-compreensão e concretização, é que o Direito Constitucional, durante sua fase positivista mais acentuada, se irmanou ao Estado e ao Direito Administrativo e, de último, adotando aqueles conceitos, na idade do pós-positivismo, se irmana mais à Sociedade e à Ciência Política.

Isto fica deveras nítido quando se transita da dimensão subjetiva – que ocupou todas as épocas do Direito Constitucional clássico – para a

dimensão objetiva, ou seja, para as nascentes da materialidade valorativa e institucional, onde reside a funcionalidade intrínseca daqueles direitos, e se chega, enfim, por via interpretativa e classificatória, a uma configuração que compreende os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações, valendo-se para tanto de uma nova metodologia, cujo ponto culminante se alcança mediante o conceito de *concretização*.

Verificamos, então, o seguinte: há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de *concretização*, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada.

Se exagerarmos, porém, na teoria material da Constituição, tornamos a reiterar, o Direito Constitucional corre o grave risco de dissolução; já não será ciência, mas literatura política, e, além de entrar em declínio de normatividade, ele se flexibilizará, disperso nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. Faz-se, assim, movediça a ordem constitucional, e todo o sistema jurídico se desloca para um campo de instabilidade. Não é, contudo, o arbítrio, e sim a liberdade em toda a sua multivalência, que compõe a base e a essência da teoria material da liberdade. Com a liberdade, vista sempre à luz das complexidades de nossa época, é de esperar passe essa teoria definitivamente a prevalecer na região da doutrina.

No dorso de antíteses tais como Estado e Sociedade, lei e Constituição, legalidade e legitimidade, legalismo e constitucionalismo, subsunção e concretização, norma unidimensional – que é a norma-texto – e norma pluridimensional, nos termos da concepção genial e estruturante de Friedrich Müller, a saber, norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão, é que se percebe com toda a evidência a linha de separação no Direito Constitucional contemporâneo do pós-positivismo material, em ascensão, ao positivismo formal em decadência.

O primeiro esplende em riqueza e fecundidade inovadora, fazendo nascer da gestação de seus conceitos a Nova Hermenêutica, ao passo que o segundo jaz embalsamado num formalismo álgido e refratário aos conteúdos velozes e dinâmicos daquele universo novo de direitos fundamentais em expansão; alheado da realidade, freqüenta unicamente as páginas do Direito Constitucional clássico, de inspiração liberal.

Em suma, o pós-positivismo, de raízes manifestamente axiológicas, elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional. Max Scheler e Nicolai Hartmann, na Filosofia, e Kaufmann, Holstein e Smend, no Direito, foram os grandes precursores desse movimento de renovação e antagonismo à escola positivista.

3. *A necessidade de fazer eficazes os direitos fundamentais e a insuficiência da Velha Hermenêutica*

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.

Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.

Com acuidade, Hans-Joachim Koch assinalou a complexidade e a peculiaridade na interpretação dos direitos fundamentais, destacando a necessidade de considerar os seguintes aspectos, indubitavelmente de extrema relevância: o círculo de proteção que deve envolver cada direito fundamental, as respectivas reservas de lei, as normas legais preenchedoras dessas reservas, as normas jurídicas infralegais, sobretudo os decretos, as normas de legislação procedimentais e de competência e os demais mandamentos da Constituição, tais como o pertinente ao princípio do Estado de Direito.[15]

Demais disso, é de observar que a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isto deriva da peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, "decisões de prioridade" ou primazia, tais como "entre sua pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislador".[16]

A partir daí se coloca, obviamente, o recurso ao princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à metodologia da Nova Hermenêutica.[17]

Refere Stern que a revolta contra os métodos clássicos de interpretação – "patrimônio comum da jurisprudência" – partiu da Teoria Geral do Direito e do Direito Público, o que é verdade.[18] Mas foi especificamente no campo do Direito Constitucional que a ofensiva aos critérios interpretativos tradicionais se fez com mais ímpeto e de maneira mais bem-sucedida.

Nesse âmbito depara-se-nos Ulrich Scheuner entre os primeiros juristas alemães a manifestarem descrença na possibilidade de interpretar os direitos fundamentais com os instrumentos do formalismo, peculiares à metodologia clássica da Lógica Jurídica, tradicionalmente aplicada ao Direito Civil.[19]

Impetrava ele, ao contrário, para cada direito fundamental uma interpretação histórico-cultural, fundada na consideração tanto da história como da tradição, e vinculada sobretudo à compreensão de seu conteúdo objetivo, bem como à dilucidação material de seus problemas.[20]

Entendia Scheuner, porém, numa contradição manifesta, que os direitos sociais, com exceção de alguns, não eram *justiciáveis*[21] – uma

15. H.-J. Koch, "Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen", *EuGRZ* 1986, fasc. 11-12, p. 345.

16. H.-J. Koch, ob. cit., pp. 345/346.

17. Sobre o princípio da proporcionalidade e sua relevância para a interpretação dos direitos fundamentais, consultar os itens 7 e 9 do Capítulo 12 deste livro, onde a matéria é largamente versada.

18. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/3, pp. 1.646/1.650.

19. Com efeito, assinalou o abalizado jurista: "jedes Grundrecht bedarf einer geistergeschichtlichen Ausdeutung an Hand seiner Geschichte und Tradition. Es ist nicht möglich, Grundrechte mit den formalen Mitteln der am bürgerlichen Recht geschulten sogenannten juristisch Logik auszulegen, sie verlangen eine stärker auf den sachlichen Gehalt und seine materialen Probleme abgestimmte Ausdeutung" (Ulrich Scheuner, *Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften*, p. 681).

20. Ulrich Scheuner, ob. cit., p. 681. V. citação da nota antecedente.

21. Ulrich Scheuner, ob. cit., p. 680.

posição vulnerável, em grande parte já ultrapassada pela doutrina mais avançada do Direito Constitucional do século XX.

Entre a interpretação da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais há apertados vínculos, servindo os princípios que regem aquela ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos.

Com respeito à Lei Fundamental de Bonn, diz Klaus Stern, que a interpretação dos direitos fundamentais "é o mais importante teatro de guerra na luta pela interpretação" dessa Lei.[22] E, a seguir, referindo a importância de tais direitos, se vale de u'a máxima célebre do jurista R. v. Gneist ao formular os direitos fundamentais como "postulados gerais da Sociedade".[23]

Aliás, na Alemanha, durante a República de Weimar, a interpretação dos direitos fundamentais ficara atada à metodologia clássica de Savigny. Em conseqüência disso, girava ao redor da lei e de suas técnicas interpretativas, sem valor hermenêutico autônomo, que só adquire por ensejo da segunda metade do século XX, por obra dos novos conceitos de interpretação produzidos pela Tópica.

Tocante aos direitos fundamentais, dominava ainda o cenário jurídico da época de Weimar, segundo adverte aquele constitucionalista, uma acesa controvérsia a respeito da aplicação de duas teorias interpretativas: a teoria subjetiva, dominante na jurisprudência e na doutrina, sobretudo com Anschütz – o principal comentador da Constituição de Weimar –, e a teoria objetiva; a primeira, volvida para o constituinte, buscando-lhe a expressão de vontade, e a segunda, para a natureza, a independência e o sentido próprio do direito fundamental, interpretativamente desmembrado de seu instituidor.[24]

De qualquer modo, os publicistas alemães desse período chegaram a vislumbrar três aspectos de capital relevância quanto aos direitos fundamentais: primeiro, a sua função protetora, capacitada a impor limites e deveres, tanto à autoridade legislativa como administrativa; segundo, o caráter unitário e unificador de que são dotadas tais normas de direitos fundamentais, sem embargo de sua variedade material de conteúdo, e terceiro, o princípio da efetividade desses direitos, cunhado por Thoma, princípio mediante o qual se determina que, em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar

22. Klaus Stern, *Das Staatsrecht*, cit., Band III/2, p. 1.637.
23. Klaus Stern, ob. cit., p. 1.637.
24. Klaus Stern, ob. cit., pp. 1.646/1.647.

com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental.[25] O princípio completa-se teoricamente, por outro lado, com a interpretação restritiva das limitações porventura impostas aos direitos fundamentais.

O *deficit* de Dogmática no Direito Constitucional tem sido considerado um dos mais agudos e delicados problemas com que se defronta a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.[26]

Como solver, porém, esse problema?

A solução aventada por Klaus Stern reside em descobrir uma abalizada teoria dos direitos fundamentais, utilizando tanto os "novos" como os "velhos" métodos de interpretação e compreendendo a interpretação da Constituição como *concretização* já da Constituição mesma, já, sobretudo, dos direitos fundamentais, escorada nos princípios de interpretação constitucional,[27] entre os quais se insere aquele de mais subido grau, a saber, o princípio da unidade da Constituição; um princípio excluidor de contradições.

É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema.

A inclinação hermenêutica para a "unidade da Constituição" é, segundo Stern, "o mais nobre princípio interpretativo que existe", princípio de incontrastável preponderância na jurisprudência alemã. Arrima-se esse jurista em um acórdão da Corte de Karlsruhe onde os juízes constitucionais sentenciaram: "Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada 'em si mesma', senão que deve manter 'conexão' de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna", porquanto da "totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam as estipulações isoladas da Constituição" e com as quais devem guardar compatibilidade.[28]

25. R. Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtliche Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen", in *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, v. 1, pp. 1 e 13.
26. R. Dreier, in Dreier-Schwegmann (Hrsg.). *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 22, e K. Stern, ob. cit., p. 1.654.
27. Klaus Stern, ob. cit., pp. 1.646/1.647.
28. Klaus Stern, ob. cit., p. 1.651.

Mas há outros princípios também de considerável teor normativo, como o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, cuja "força de irradiação" chega ao Direito Civil e faz, em razão disso, o Direito Privado, com os seus institutos, se tornar de certa maneira uma província do Direito Constitucional.

Em termos conceituais, a raiz *programática* dos direitos fundamentais, tão profunda outrora, principia a fenecer, até ser substituída por outra, de mais eficácia e juridicidade.

Tal mudança começa, como bem se infere de algumas observações percucientes de Häberle, com a doutrina clássica do *status* formulada por Jellinek, a qual, no entender daquele constitucionalista, fixa "o começo da evolução no sentido de *tomarmos juridicamente* a sério os direitos fundamentais".[29]

Mas, para tanto, importa reconhecer, com Christian Starck, que a maior das garantias constitucionais é aquela que produz os pressupostos fáticos para o pleno exercício da liberdade.[30]

Assinala Häberle que as modernas contribuições "para fazer efetivos os direitos fundamentais" ou para "otimizá-los" são apenas a continuação daquelas idéias. O avanço traduz-se na Alemanha, conforme ele observa, com o freqüente emprego da máxima segundo a qual os direitos fundamentais já não têm eficácia "em função da lei", mas, ao contrário, as leis ganham eficácia "em função dos direitos fundamentais".[31] É, aliás, uma averiguação que já fora feita precursoramente por Krueger e que serve para marcar a passagem do primeiro Estado de Direito – o Estado legal, o Estado da separação de poderes – ao segundo Estado de Direito – o Estado constitucional, o Estado do novo dogma dos direitos fundamentais, o Estado assentado sobre o pedestal de quatro gerações cumulativas de direitos, que culminam com o direito à democracia, apanágio do gênero humano e coroamento daquele axioma de concretização progressiva da liberdade.

Descrevendo o quadro expansivo do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, que volta a acentuar-se na Alemanha desde 1971, Häberle declara que "esses direitos se generalizam" e sua eficácia vinculante já escalou o sentido de declaração de valor meramente programático, que tinham as garantias clássicas, para subir ao degrau da "vinculatoriedade imediata das cláusulas de realização, as quais, por via das *tarefas de Estado* (*Grundrechtsaufgaben*), são honradas mediante desenvolvimento de novas dimensões conferidas aos direitos fundamentais: da versão individual e objetivo-institucional para o umbral da prestação processual e da obrigação da prestação processual".[32]

29. P. Häberle, *Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, p. 264.

30. Christian Starck, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?*, p. 480.

31. P. Häberle, ob. cit., p. 264.

De extrema precisão, por igual, o balanço do autor declinando outras mudanças que realçam a linha evolutiva desses direitos. "A isso se acrescenta – diz ele – a eficácia mediata frente a terceiros, quer dizer, sua eficácia também diante de particulares, bem como para efeitos fiscais, e suas conseqüências em relações de *status* especial."[33]

De último, assinala: "A eficácia real dos direitos fundamentais para todos os cidadãos substituiu a eficácia formal clássica dos direitos civis. Novos direitos fundamentais, sociais e culturais, estabelecidos em numerosas Constituições e textos internacionais de direitos humanos, resultaram deste impulso".[34]

Constrói esse constitucionalista, por conseguinte, uma teoria dos direitos fundamentais fundada em sua efetividade, e estabelece as premissas da intensa aplicação dos mesmos na Sociedade aberta onde se radicam.

Entende ele que essa efetividade não é automática nem espontânea; não decorre unicamente de "uma ordem abstrata de eficácia ou da eficácia vinculante de um texto", mas se prende a uma pluralidade de intérpretes, sendo, portanto – e aqui entramos no âmago de sua doutrina –, "o resultado complexo e cheio de riscos de processos pluriarticulados de interpretação, de numerosos participantes: dos destinatários e titulares dos direitos fundamentais, enfim, de toda a *res publica* como cultura desses direitos".[35]

Distingue o eminente professor alemão, com manifesta originalidade, dois componentes da eficácia dos direitos fundamentais: o componente *jurídico*, que deixa, assim, de ser exclusivo, e o componente *cultural*, em aditamento àquele cuja estreiteza se rompe nessa perspectiva, onde o que cumpre, segundo ele, "é elaborar um conceito de eficácia em função da interpretação ou uma interpretação orientada para a efetividade".[36]

32. P. Häberle, ob. cit., p. 265.
33. P. Häberle, ob. cit., pp. 265/266.
34. P. Häberle, ob. cit., pp. 265/266.
35. P. Häberle, ob. cit., p. 269.
36. P. Häberle, ob. cit., p. 270.

Não exclui Häberle da interpretação dos direitos fundamentais o emprego dos métodos da hermenêutica tradicional desde Savigny, mas impugna a tese tradicionalíssima do texto literal como limite da interpretação, a qual, a seu ver, não se acha corroborada pela prática.

Louva o constitucionalista de Bayreuth o pluralismo metódico, a posição do intérprete dos direitos fundamentais que orienta os resultados hermenêuticos para a razão e a justiça ou para o bem comum, fazendo, assim, da interpretação constitucional a mola de concretização atualizadora desse bem.[37]

E, por derradeiro, com surpreendente arrojo teórico, preconiza a comparação dos direitos fundamentais como quinto método de interpretação desses direitos, no Estado constitucional, depois de aplaudir a ação do Tribunal Constitucional da Alemanha, até certo ponto inovadora, por não se haver cingido aquela Corte, em sua exegese dos direitos fundamentais, a uma restrita aplicação dos instrumentos da metodologia clássica.[38]

Tão larga é a abertura interpretativa do constitucionalista alemão que não trepida ele em invocar até mesmo a possibilidade de remover para a interpretação dos direitos fundamentais a regra introduzida por Eugen Huber no afamadíssimo § 1º do Código Civil suíço de 1911, segundo o qual, no pressuposto de não ser possível inferir da lei preceito algum, o juiz decidirá conforme o direito consuetudinário, e, ocorrendo a impossibilidade de fundar-se neste, segundo a norma que, a seu juízo, o legislador estabeleceria para tal fim, devendo, porém, inspirar-se no respeito da doutrina e da tradição.[39]

4. *A teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais*

Via de regra, todo direito fundamental concreto demanda, para sua interpretação, segundo Häberle, o exame dos seguintes aspectos: o aspecto objetivo-institucional, por exemplo, no caso da Família; o da prestação estatal, haja vista o direito de acesso à cultura; o da prestação processual, no sentido do *status activus processualis*, ou seja, o direito fundamental à proteção jurisdicional, e, finalmente, o aspecto da vertente subjetiva,

37. P. Häberle, ob. cit., p. 270.
38. P. Häberle, ob. cit., p. 271.
39. P. Häberle, ob. cit., p. 272.

que opera no caso da liberdade religiosa, unida, porém, ao *status corporativus*, como exemplificado pela Igreja e comunidades religiosas.[40]

Com igual energia e clareza elucidativa da gênese hermenêutica dos direitos fundamentais na sede de sua teorização, arremata ele: "É um processo ordinário no Estado constitucional o nascimento e a morte de teorias dos direitos fundamentais. O que deve permanecer é a idéia da proteção pessoal. E todas as teorias dos direitos fundamentais devem colocar-se a serviço da mesma".[41]

Com efeito, tem razão o constitucionalista: as teorias dos direitos fundamentais nascem e morrem com os regimes políticos, com as ideologias, com os teoristas do Estado, com os filósofos do poder, com os publicistas dos sistemas de governo e com os pensadores políticos.

Mas as teorias modernas e contemporâneas, não importa a sua diversidade, só terão acolhida no constitucionalismo do Estado de Direito se tiverem por elemento primário e base de legitimação a liberdade nas quatro dimensões que a dogmática evolutiva daqueles direitos ostenta, e que já foram referidas também sob a designação de direitos de quatro gerações, isto é, direitos individuais, sociais, do desenvolvimento, da paz e do meio ambiente e, de último, despontando no horizonte social e político, os direitos da quarta geração, a saber, a democracia, o pluralismo e a informação.

Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização. Da Sociedade mesma, onde atuam esses fatores novos, partem ameaças que se poderão tornar letais à liberdade enquanto direito fundamental. A moderna e complexa Sociedade de massas, como Sociedade pós-industrial, desde muito tem feito crescer esse risco.

Em rigor, diante dos novos perfis empresariais do sistema capitalista, das ofensas ao meio ambiente, da expansão incontrolada de meios informáticos e principalmente da *mídia* posta a serviço do Estado e das cúpulas hegemônicas da economia, tais ameaças tendem a se tornar cada vez mais sérias e delicadas, obstaculizando a sobredita concretização.

Tocante à equação dos direitos fundamentais, urge assinalar que, assim como o problema da economia, em termos contemporâneos, é,

40. P. Häberle, ob. cit., p. 274.
41. P. Häberle, ob. cit., p. 274.

para o capitalismo, um problema de produtividade, o problema das Constituições é, para o Estado de Direito, mais do que nunca, um problema de normatividade, e a normatividade só se adquire com a legitimidade. Esta, por sua vez, vem a ser o estuário de todo o processo de concretização das regras contidas na Lei Maior. Para fazer eficaz a norma da Constituição, e, por extensão, o direito fundamental, força é criar os pressupostos de uma consciência social, tendo por sustentáculo a crença inabalável nos mandamentos constitucionais.

Assim como há a *Vorverständnis* singular, a saber, a "pré-compreensão" individual dos que aplicam a lei e o direito, da mesma forma há também, concorrendo para a plena eficácia da Constituição, uma *Vorverständnis* da Sociedade, ou seja, uma "pré-compreensão" social pertinente à Carta Magna.

Nessa ante-sala de todo regime constitucional residem elementos fáticos e pré-estruturais que assumem, ulteriormente, importância excepcional para fazer o Direito fluir com eficácia do patamar dos princípios para a região concreta da aplicabilidade normativa, propriamente dita (concretização).

E, a partir daí, no âmbito já de uma teoria da Constituição aberta, que é a mesma teoria da Constituição não-formal, se faz possível desenvolver um conceito de inconstitucionalidade material e, ao mesmo passo, indigitar as inconstitucionalidades sociais, políticas e governativas alojadas na órbita do poder, nos quadros da organização econômica e no domínio dos órgãos executivos e legislativos. Posto que tomem a decisão ou formulem a lei em harmonia com as bases formais das prescrições constitucionais, tais órgãos violentam, não raro, valores, princípios, elementos e bens jurídicos que ornam, na essência, a dignidade do homem.

A inconstitucionalidade material é o satélite da ilegitimidade. Nesse ponto entra com toda proficiência e adequação a tese de Juarez Freitas, notável publicista do Rio Grande do Sul, sobre a intrínseca e substancial inconstitucionalidade da lei injusta.[42] Em outros termos, emerge o conceito de inconstitucionalidade material, que se não pode desvincular dos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade

42. Juarez Freitas, *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*.

formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. O Estado padece com relação ao controle desses fatores um *deficit* de soberania, tanto interna como externa, perdendo assim, em elevado grau, a sua capacidade regulativa. Isto, que já ocorria desde muito com patente força, aumentou de intensidade a partir da globalização e do neoliberalismo. Tanto na doutrina como na *praxis* política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão que enfraquecem o Estado, obrigando-o a evacuar o espaço de fomento e proteção de direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justiciabilidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos. Tudo por obra dos sobreditos fenômenos – globalização e neoliberalismo –, derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de expansão. Fase, sem dúvida, sombria para o futuro dos direitos fundamentais, mormente tocante ao capítulo de sua interpretação nos países da periferia desse sistema.

Cabe, por conseguinte, reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações.

Em razão disso, é de admitir que a Constituição formal perca, ali, a sua legitimidade com o solo das instituições revolvido pelos abalos violentos e freqüentes da crise constituinte. Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.

5. *As teses básicas de Kirchhof acerca da interpretação dos direitos fundamentais*

Num colóquio de constitucionalistas celebrado em Madri, Paul Kirchhof, publicista alemão, desenvolveu oito teses sobre a interpretação dos direitos fundamentais.

São pautas valiosas que a seguir resumiremos, extratadas do texto espanhol original, publicado por López Pina. Urge enunciá-las, por serem úteis ao trabalho de investigação jurídica do intérprete, que não pode

nem deve perder de vista a complexidade e a singularidade da tarefa hermenêutica, tratando-se de direitos fundamentais.[43]

A primeira tese reporta-se a uma *qualidade* dos direitos fundamentais, e que estes nunca hão de abdicar: a de serem *direitos* que se defrontam com o Estado, com a coletividade pública, com o poder constituído. Formam ao mesmo passo um dique da liberdade, um limite e barreira ao arbítrio do Estado.

A segunda tese configura o Estado não como *ameaça*, mas como fiador da liberdade, ao assumir concretamente o dever de protegê-la. Ali, o Estado negativo; aqui, o Estado positivo, investido constitucionalmente do dever de tutelar os direitos fundamentais. Desempenha, por conseguinte, a função que lhe foi adjudicada: a de reconciliar o Estado com a Sociedade.

A terceira tese de Kirchhof relaciona-se com a separação de poderes. E parece inculcar, paradoxalmente, que há mais interpretação nos órgãos de soberania que aplicam os direitos fundamentais – o Executivo e o Legislativo – do que naquele que decide sobre esses direitos, ou seja, o Judiciário, quando chamado a dirimir controvérsias constitucionais. Os primeiros, por serem mais ativos e dinâmicos, e dotados de iniciativa; o derradeiro, por ser mais inerte e estático, só se move se provocado.

A quarta tese coloca os direitos fundamentais numa dimensão histórica. A interpretação não tem, aqui, mais finalidade senão atualizar o texto constitucional, tornando-o moldável e sensível às variações contidas na evolução da realidade social ou por esta impostas nas figuras de novos problemas e demandas, que impõem respostas normativas, como se houvesse necessidade, assim, de preencher lacunas no ordenamento jurídico.

Dessa tese parece fluir a conclusão imperativa de que a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais faz, em determinadas hipóteses, que o Direito substantivamente seja mais relevante do que a lei, formalmente.

A interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da quarta tese é decisiva para solver as dificuldades oriundas dos problemas colocados pela silenciosa evolução dos valores. Cabe, assim, ao intérprete identificar e avaliar as mudanças que possam ser tão sensíveis e profundas – mudanças materiais, sem dúvida – quanto aquelas diretamente introduzidas por mecanismos formais de reforma constitucional.

43. Paul Kirchhof, "Jurisprudencia constitucional", in Antonio López Pina, *La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, pp. 245/259.

A quinta tese gira ao redor do *status positivus* dos direitos fundamentais e lhes reconhece, além da função de resistência e de defesa do cidadão ao opugnar o Estado, outra função tão importante quanto aquela: a função *participativa*. São, portanto, os direitos fundamentais também direitos de participação e, como tais, segundo Kirchhof, "outorgam ao indivíduo uma legítima expectativa de participar em organizações estatais, programas públicos de financiamento e participação na administração".[44]

A sexta tese recai sobre o papel *arbitral* do Estado, tanto por via legislativa como judicial, em última instância, quando há conflito de posições na colisão das liberdades e se faz mister à autoridade pública exercitar a função de árbitro dos direitos fundamentais.

Ocorre nesse caso uma ponderação de conteúdos; ponderação material, em que, a nosso ver, é de valiosíssimo préstimo hermenêutico o emprego do princípio da proporcionalidade. Já não se trata tanto, na sexta tese do autor, de o Estado respeitar a liberdade individual quanto de decidir, num contencioso, entre titulares de um direito à liberdade.

Ilustra o autor a sua proposição com os seguintes exemplos: dois empresários solicitam a mesma subvenção, mas ao Estado cabe concedê-la somente a um deles, ou dois estudantes impetram e disputam numa Universidade, cujo número de bolsas é limitado, o mesmo benefício, e o Estado dispõe apenas de uma. Cresce, aí, por conseguinte, a importância da atuação *arbitral* do Estado.

A sétima tese vem exposta de forma um tanto sumária, e com menos clareza que as demais; todavia, parece cifrar-se na máxima de que uma interpretação de direitos fundamentais deve levar em conta que a liberdade nunca há de garantir a alguém o direito de subjugar a liberdade dos demais, um direito de dominação. É o que se infere do extrato textual de um lugar da exposição do publicista.[45]

Enfim, a oitava tese, versando sobre a interpretação dos direitos fundamentais, parte da averiguação de que o idealismo libertário tanto inspira como compõe a base de unidade das Constituições européias, as quais repousam sobre afinidades e objetivos comuns. Esse princípio unificador da liberdade, provido de acentuado teor cultural, guia o intérprete, ilumina a interpretação e consente compreender e resolver problemas de aplicação de direitos fundamentais. Finalmente, admite – e este é o nosso acréscimo – que, em determinadas situações, envolvendo matéria

44. Paul Kirchhof, ob. cit., p. 256.

45. Paul Kirchhof, ob. cit., pp. 257/258.

hermenêutica, se empregue o axioma clássico da liberdade, ou seja, *in dubio pro libertate*.

6. *A concretização, método específico de interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais*

A interpretação da Constituição toma um relevo todo especial com a tese de concretização formulada por Konrad Hesse (v. o n. 11 do Capítulo 13 deste livro, intitulado "A Interpretação da Constituição"). Inspirado em Friedrich Müller (norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão) e na Tópica, o insigne constitucionalista elege uma acepção estrita, em que interpretar significa *concretizar*, isto é, busca-se o emprego de categorias hermenêuticas por inteiro distintas daquelas cristalizadas nos quatro métodos tradicionais de interpretação, de Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, posteriormente acrescidos do teleológico.

Com efeito, os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente às leis no campo do Direito Privado, são, porém, de todo inadequados e insuficientes para captar o sentido das cláusulas não raro *principiais* de uma Constituição ou o alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, de natureza, se apresenta, tanto quanto aquele, aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principiais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema.

Surge, assim, a necessidade de uma operação valorativa, fática e material, que se executa mediante uma nova técnica interpretativa – a técnica concretizadora –, em que, fugindo do esquema formal e abstrato de subsunção, peculiar à hermenêutica do positivismo, e fundado num voluntarismo subjetivo ou objetivo – a vontade do legislador ou a vontade da lei –, o intérprete se volve diretamente para uma "compreensão" do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à "pré-compreensão" do intérprete como ao *problema* concreto que se vai resolver.[46]

Não existe, assevera Hesse, nenhuma interpretação da Constituição independente de problemas concretos.[47]

46. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª ed., p. 25.

47. Konrad Hesse, ob. cit., p. 25.

Cingir-se, por conseguinte, às "regras interpretativas tradicionais" significa, segundo ele, descurar o fim da interpretação constitucional, não levando em conta, ao mesmo passo, a íntima estrutura e as condicionalidades do processo interpretativo, o que equivale a postergar a tarefa de uma interpretação correta.[48]

A seguir, diz Hesse, a *dúvida* é que instaura o processo interpretativo. Onde não há dúvida, não se interpreta, e raramente se faz mister também alguma interpretação ("Wo Zweifel nicht bestehen, wird nicht interpretiert und bedarf es auch oft keiner Interpretation").[49]

De último, assinala ele o reconhecimento explícito do caráter *criativo* da interpretação jurídica, desde que operada nos limites da norma e do seu conteúdo de realidade.

Sem embargo de manifestar essa posição interpretativa uma clara afinidade com a Tópica, na medida em que faz toda a diligência de interpretação partir inarredavelmente do "problema" e não do "texto", como no positivismo, há dois pontos relevantes em que o jurista se arreda da Tópica: primeiro, é que ele não admite uma livre escolha de *topoi* (*freie Wahl der topoi*), e, segundo, limita pela *constitutio scripta* o alcance da concretização, ou seja, torna essa *constitutio scripta* uma fronteira cuja transposição fica vedada ao intérprete constitucional ("eine unübersteigbare Grenze der Verfassungsinterpretation").[50]

Dois notáveis constitucionalistas, o suíço Hans Huber e o alemão Klaus Stern, não discrepam também em admitir que a concretização trouxe ao processo interpretativo uma dimensão nova.

Da posição de ambos se deduz que a concretização não só "esclarece" como "confere" sentido à norma; é elemento criativo e aperfeiçoador da mesma.[51]

Todavia, Huber vai mais longe; acha que, enquanto atividade criativa *sui generis*, a concretização, por esse aspecto, é, sobretudo, legislação constitucional, e não propriamente interpretação da Constituição. Somente é interpretação quando se ocupa de desvendar um texto obscuro da Constituição ("Auslegung wäre sie nur, wenn es gält, einen unklaren Wortlaut zu erforschen").[52]

48. Konrad Hesse, ob. cit., p. 42.

49. Konrad Hesse, ob. cit., p. 20.

50. Konrad Hesse, *apud* Stern, ob. cit., p. 1.676.

51. Klaus Stern, ob. cit., p. 1.704, e Hans Huber, *apud* Stern, idem, ibidem.

52. Hans Huber, *apud* Stern, ob. cit., 95 IV 3, p. 1.704.

Sustenta, ainda, esse mesmo jurista que o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial. *Concretizar* significa, para ele, dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade. De tal sorte que a concretização se afasta da interpretação do texto ("Konkretisierung entfernt sich von Textauslegung") e, não raro, deixa para trás, a considerável distância, o teor literal da Constituição. Foi assim, prossegue ele, que os Tribunais suíços, interpretando o art. 4º de sua Constituição Federal, segundo o qual "todos os suíços são iguais perante a lei", chegaram, a partir daí, a uma aplicação, por via concretizante, da máxima normativa e constitucional de que "todos os homens são iguais perante a lei", incluindo aí os estrangeiros.[53]

Depois de inculcar que a juridicidade das Constituições não segue o modelo clássico do positivismo formalista, não trepida Huber, no que toca a critérios hermenêuticos, em invocar a distância mantida pelos Tribunais suíços em relação às concepções do Estado formal de Direito. Disso promana, segundo ele, a rejeição dos "métodos especificamente jurídicos de interpretação de leis", considerados até então os mais adequados, sobretudo em Alemanha, durante a época do positivismo legalista.[54]

Combate Huber a posição de Forsthoff oposta à concretização. O jurista germânico preconizara um suspirado retorno às regras hermenêuticas tradicionais, segundo ele as mais seguras, ao mesmo passo que vislumbrava nos critérios concretistas o risco de graves "incertezas", a par de uma preocupante perda dos requisitos formais, que fazem a segurança do Direito e previnem a dissolução da Constituição jurídica e de sua "estrutura".[55]

Mas Huber, refutando essa posição, se arrima à "baixa tecnicidade dos direitos fundamentais" para argumentar contra a interpretação jurídica tradicional, impotente, enquanto instrumento de compreensão, para elucidar a natureza de tais direitos.[56]

Repele, por igual, a assertiva de Kriele de que os direitos fundamentais são "cláusulas gerais lapidares", por implicar recusa de juridicidade a esses direitos, os quais, segundo Huber, são, em verdade, normas contidas "num âmbito de alto teor material de juridicidade".[57]

53. Hans Huber, "Über die Konkretisierung der Grundrechte", in *Der Staat als Aufgabe – Gedenkschrift für Max Imboden*, p. 192.
54. Hans Huber, ob. cit., p. 193.
55. Hans Huber, ob. cit., p. 193, e E. Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", Festschrift für Carl Schmitt, pp. 35 e ss.
56. Hans Huber, ob. cit., p. 195.

Ao intentar solver o problema da interpretação constitucional dos direitos fundamentais, Hans Huber alude à freqüência com que a ambigüidade do texto tem sido tomada por pressuposto da operação interpretativa; objeto da tarefa hermenêutica seria, então, gerar evidência na aplicação da norma jurídica. Mas esse ponto de vista já vinha sendo de certo modo impugnado no âmbito geral da hermenêutica jurídica, por desconsiderar dois aspectos sem dúvida relevantes: primeiro, a constatação de que o problema da interpretação não é levantado por um texto que jaz imóvel ou em repouso, mas por um "caso" extraído da realidade; e, segundo, a verificação de que são *interdependentes* as operações parciais de "aplicação do Direito", as quais aquela doutrina buscava separar. Tais operações vêm a ser a determinação da regra jurídica aplicável, a interpretação do texto, os elementos fáticos, a subsunção e a decisão.[58]

O aviltamento interpretativo do texto na concepção concretista de Huber alcança, talvez, limites extremos e inaceitáveis ao asseverar ele, num juízo dissolvente, que a "interpretação literal" (*wörtliche Auslegung*) não ocupa, absolutamente, nenhum espaço no que tange a direitos fundamentais.[59] Emite esse parecer radical depois de assinalar que a concretização dos direitos fundamentais em si mesma e por si mesma contradiz o que a praxe judicial quer assentar, a saber, a força obrigatória do texto na interpretação da lei.[60] De tal sorte, acrescenta, que já vale a proposição segundo a qual a interpretação literal é de preferir-se a qualquer outra, se conduzir a um resultado sensato.[61]

A concepção concretista de Huber afigura-se-nos, às vezes, frouxa e superficial, e até mesmo de grave risco para os direitos fundamentais, se não for coibida nas suas demasias e exageros, por importar um decisionismo e subjetivismo incompatíveis com a ordem normativa do Estado de Direito.

Não obstante esses reparos, é de louvar o insigne jurista por expoente precursor da teoria material da Constituição; dos primeiros a interpretar os direitos fundamentais pelo prisma de seus conteúdos, de sua natureza *principial*, da fixação valorativa sobre a qual repousam e da

57. Hans Huber, ob. cit., p. 197.
58. Hans Huber, ob. cit., p. 197.
59. Hans Huber, ob. cit., p. 198.
60. Hans Huber, ob. cit., p. 198.
61. Hans Huber, ob. cit., p. 198.

renovação hermenêutica que propiciaram, em contraposição, portanto, com o rígido formalismo da velha escola positivista, vinculada à doutrina de Gerber, Laband, Anschuetz, Jellinek e Kelsen.

7. *As teorias de direitos fundamentais e sua relevância interpretativa*

Os constitucionalistas alemães contemporâneos consagram às teorias de direitos fundamentais extraordinária atenção, em razão da importância que assumem no domínio da hermenêutica constitucional. São empregadas não raro como *topoi*, ou seja, como pontos de vista, da livre escolha do intérprete, conforme a natureza do caso ou do problema sobre o qual recai a tarefa cognitiva. Nesse sentido, segundo Böckenförde, as doutrinas tanto se combinam como se excluem ao ensejo da operação interpretativa, podendo, todavia, uma das mesmas servir de base exclusiva ao convencimento do intérprete; ou pode este valer-se de noções e conceitos hauridos numa pré-compreensão alimentada de distintas teorias, as quais passam, assim, a ter influxo decisivo sobre a consciência do hermeneuta, sempre a braços com delicados problemas de interpretação toda vez que ingressa no campo dos direitos fundamentais.[62]

Observa ainda Böckenförde, com razão, que as teorias de direitos fundamentais são, antes de mais nada, a expressão de determinadas concepções de Estado, bem como de noções básicas que presidem às relações do indivíduo com o Estado. A toda doutrina corresponde, pois, de certa maneira, segundo ele, uma particular idéia de Constituição; a aplicação de cada teoria dos direitos fundamentais gera conseqüências de tão largo alcance que podem, eventualmente, implicar mudança de conteúdo ou transformação material da própria ordem constitucional.[63]

A) As classificações de Scheuner, Grabitz, Wilke, Müller e Böckenförde

A classificação das teorias de direitos fundamentais tem sido obra sobretudo de juristas alemães, dos quais o que sistematizou com mais aceitação as distintas concepções foi, indubitavelmente, Ernst-Wolfgang Böckenförde, um ex-juiz da Corte Constitucional de Karlsruhe.

Mas, ao lado da sua classificação, circulam também outras, como as de Scheuner, Grabitz, Wilke e Friedrich Müller, das quais nos ocuparemos abreviadamente, a seguir.

62. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, pp. 287 e ss.

63. E.-W. Böckenförde, ob cit., pp. 288/289.

Tendo em consideração a necessidade de formular teorias que servissem de arrimo à interpretação dos direitos fundamentais, Scheuner distinguiu duas concepções básicas: a concepção liberal, assentada sobre um esquema individualista e subjetivista de oposição ao Estado – o Estado enquanto infenso à liberdade humana –, e a concepção institucional, adversária da dualidade clássica indivíduo-Estado.

Abraçada a instituições, posições jurídicas e princípios constitucionais, a corrente institucional, segundo Scheuner, contempla em primeiro lugar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, transcurado pelo subjetivismo hermenêutico da velha teoria liberal.[64]

Em Grabitz três são as teorias de direitos fundamentais que constam de suas reflexões sobre o tema: a teoria liberal, nascida do constitucionalismo clássico, base do antigo Estado de Direito, o Estado da liberdade civil (*bürgerliche Freiheit*), de Carl Schmitt, ou do *status negativus* de Jellinek, isto é, aquele Estado onde, em tese, a liberdade do indivíduo prepondera sem limites e o poder do Estado, em princípio, se retrai, sempre limitado;[65] a teoria "material" do Estado de Direito, cifrada numa categoria superior de normas suprapositivas formadas pelos direitos fundamentais, que regem, em última instância, o ordenamento jurídico positivo, e, finalmente, coroando as duas teorias antecedentes, uma teoria dos direitos fundamentais do Estado social de Direito, em que Grabitz atribui ao poder do Estado função de destaque como fomentador das condições materiais e sociais indispensáveis ao exercício da dignidade humana num quadro de respeito e concretização daqueles direitos.

Em livro clássico sobre a matéria em apreço, Helmut Wilke enunciou três teorias de direitos fundamentais: a teoria individualista, a teoria institucional e a teoria sistêmica ou sociológica, personificadas, respectivamente, por três insignes juristas alemães – Duerig, Häberle e Luhmann –, considerando-as todas "paradigmáticas" para a situação dos direitos fundamentais na República Federal da Alemanha.[66]

A teoria individualista de Duerig, elaborada desde 1952, refletiu a catástrofe dos anos 1940. Com o surgimento daquela República buscou ele, a partir do nada, em branco (*ins Weisse*), segundo Wilke, construir

64. Ulrich Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", *DÖV*, pp. 505/507.

65. Eberhard Grabitz, "Freiheit als Verfassungsprinzip", *Rechtstheorie* 8, 1, pp. 4/7, e *Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, pp. 180 e ss.

66. Helmut Wilke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, pp. 20/21.

um modelo centralizado no indivíduo e contraposto à "comunidade" totalitária.[67]

Já, Häberle, expoente de um neo-institucionalismo, forcejava por harmonizar em sua teoria a visão pessoal ou subjetiva com a visão institucional dos direitos fundamentais.

E, por fim, Luhmann, tomando direção guiada unicamente pelos progressos da sociologia sistêmica, de inspiração parsoniana, e movido pelos avanços da cibernética, da teoria da comunicação e da teoria da decisão, conforme assinala Wilke, elaborou uma revisão conceitual da teoria jurídica clássica, de tamanha profundidade, que, sem as noções de sistema geral (*Gesamtsystem*), manejo do sistema (*System steuerung*) e legitimação (*Legitimation*), os direitos fundamentais ficariam de todo ininteligíveis.[68]

Na seqüência de penetrantes reflexões sobre a hermenêutica dos direitos fundamentais, o Prof. Friedrich Müller, da Universidade de Heidelberg, e um dos luminares do Direito Constitucional de nossa época, apresentou em Foz do Iguaçu, no Brasil, em 1994, durante a XV Conferência Nacional de Advogados, contribuição intitulada *Modernas Concepções de Interpretação dos Direitos Humanos*, em que destacou a existência de duas concepções tradicionais desses direitos, a saber, a autoritária e a liberal, ambas conjugando no espaço jurídico de língua alemã o passado e o presente, com adição de novos princípios.[69]

A posição autoritária é a do Estado forte ou Estado-força, que considera os direitos fundamentais concessões da autoridade estatal, feitas sempre a contragosto, por pressão dos governados; abrem estes, sim, brechas e lacunas nas estruturas e no monopólio de poder do Estado, mas não logram tolher, pelo ângulo metodológico, uma interpretação sempre "restritiva" daqueles direitos.

Isto conduziria constitucionalmente, segundo ele, a uma regra de "sinistra clareza", ou seja, a do "mínimo possível de liberdade". Tal hermenêutica dissimulava os axiomas do absolutismo, vazados, nestes termos, segundo Müller: *in dubio contra libertatem*, ou *semper contra libertatem*, em última análise.

De cunho antiliberal seriam, ainda, duas variantes, todavia já atenuadas, dessa posição inspirada pelo autoritarismo jurídico: a posição

67. H. Wilke, ob. cit., p. 20.
68. H. Wilke, ob. cit., pp. 20/23.
69. Friedrich Müller, Conferência em Foz do Iguaçu, OAB, 1994.

institucional e a posição filosófica-valorativa, ambas rejeitáveis, segundo ele. A primeira, por sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, propiciando o aumento ilimitado de eventuais restrições aos direitos fundamentais; a segunda, inaceitável, por irracional, como teoria e como método hermenêutico: como teoria, por transformar as garantias jurídicas subjetivas em *topoi* ideológicos, e como método hermenêutico, por interpretar os direitos humanos enquanto "valores", e não enquanto direitos, conforme cumpre a todo jurista.[70]

Depois de assinalar a importância das questões de *organização* e de *procedimento* na efetivação dos direitos fundamentais, omitidas pelas teorias tradicionais, faz Müller menção crítica doutras concepções, tais como a teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais e a teoria do Estado social relativa a esses direitos, ambas já contidas na inquirição classificatória de Böckenförde, adiante exposta.

Conclui Müller suas indagações acerca da metodologia de teorização dos direitos fundamentais – em sua linguagem, direitos humanos – com a exposição de sua própria teoria, que se pode batizar de teoria estruturante de interpretação dos direitos fundamentais.

Tais direitos ele os compreende como normas positivas, que não se acham já "contidas" no texto da lei, ou mais determinadamente no texto constitucional, porquanto o texto da norma significa tão-somente o prelúdio da norma jurídica, ou, empregando todo o rigor metodológico, constitui apenas o ponto de partida do processo de concretização que o jurista, ou, mais precisamente, o juiz, vai levar a cabo.

Dois conceitos novos desenvolve Müller na operação interpretativa: o de programa da norma (*Normprogramm*), que é o texto interpretado, e o de âmbito da norma (*Normbereich-Sachbereich*), que é a esfera fática extraída ou recortada da realidade mesma, sem a qual não se alcança a norma de Direito específica aplicável ao caso concreto (*Rechtsnorm*). Esta só se faz efetiva no ato de solução da questão mediante a norma decisória (*Normentscheidung*). Com a mesma se chega ao termo de todo um processo de concretização no qual se dissolveu a velha antinomia clássica do positivismo subjetivista e formal que desmembrava o *sollen* do *sein*, inserindo nele toda a dimensão da juridicidade normativa, ao contrário, portanto, da teoria estruturante, que unificou o *sein* e o *sollen* numa compacta unidade integrativa da norma.

Outra novidade hermenêutica de Müller é o emprego combinado dos velhos cânones de Savigny, os seus meios clássicos de interpretação

70. F. Müller, conferência cit.

(o gramatical, o histórico, o genético e o sistemático) com as modernas técnicas e procedimentos interpretativos da Nova Hermenêutica constitucional, tais como fluem de sua metódica, a saber, "a interpretação conforme a Constituição" (*verfassungskonforme Auslegung*), a "exatidão funcional" (*funktionelle Richtigkeit*), a "proporcionalidade" (*Verhältnismässigkeit*), a "concordância prática" (*praktische Konkordanz*) e a "conexão de direitos fundamentais e competências" (*Zusammenhang von Grundrechten und Kompetenzen*).[71]

Poder-se-ia, à primeira vista, cuidar que Müller, recusando juridicidade à norma-texto em si mesma, estaria eliminando ou diminuindo o grau de sua importância no ato interpretativo, o que é de todo falso.

A norma-texto conserva indeclinável relevância para a teoria estruturante, por duas razões: primeiro, porque imprescindivelmente é ao redor dela que transcorre, em dois momentos distintos, toda a operação interpretativa, sendo ao mesmo passo o ponto de partida inarredável, sem o qual não se caminha da interpretação para a concretização; segundo, porque é em torno do texto que se completa a primeira fase daquela operação em que se empregam conjuntamente as velhas e as novas técnicas interpretativas, conforme há pouco assinalamos, até que, mediante a consideração de todos os elementos lingüísticos da construção jurídica da norma, se chegue à chamada norma-programa (*Normprogramm*), donde se passará, em segunda, ao âmbito da norma (*Normbereich*).

De último, cabe destacar os efeitos que, segundo Müller, derivam para os direitos fundamentais da utilização de uma hermenêutica fundada na teoria e no método estruturante: o fortalecimento da positividade, da materialidade e da racionalidade desses direitos, coroando, em sua função normativa, "uma legítima democracia".

Finalmente, é de referir a classificação de Böckenförde estampada em 1974 nas páginas de uma das mais influentes revistas jurídicas da Alemanha[72] e objeto de reprodução ulterior noutras publicações.[73]

Trata-se de um feixe de teorias sobre direitos fundamentais que lograram a mais ampla divulgação nas letras jurídicas da Alemanha e que, segundo tudo indica, foram extraídas de uma análise à jurisprudência constitucional da Corte de Karlsruhe.

71. F. Müller, conferência cit.

72. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", *NJW*, pp. 1.529/1.538.

73. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Probleme der Verfassungsinterpretation*.

Essas teorias são as seguintes: a teoria liberal ou teoria do Estado burguês de Direito, a teoria institucional, a teoria dos valores, a teoria democrática-funcional e a teoria do Estado social de Direito (*die sozialstaatliche Grundrechtstheorie*).

Na exposição subseqüente, aceitando em parte a terminologia de Böckenförde, mas dando-lhe um sentido e conteúdo nem sempre correspondentes aos daquele autor, vamos nos cingir tão-somente às três primeiras teorias – a liberal, a institucional e a dos valores –, que, em rigor, até mesmo por um ângulo histórico simplificado, poderiam ser reduzidas a duas: a liberal e a dos valores, ficando nesta última subentendidas a institucional, a democrática-funcional e a do Estado social e até mesmo, em última análise, a liberal, porquanto não há teoria de direitos fundamentais que não seja provida de uma valoração específica. Toda teoria de direitos fundamentais é, de conseguinte, teoria de valores.

B) A teoria liberal dos direitos fundamentais

Esta é, por excelência, a teoria desenvolvida com base nos valores que legitimaram o Estado liberal de fins do século XVIII, de todo o século XIX e de parte do século XX.

Nascida filosoficamente das doutrinas do contrato social e juridicamente dos princípios de direito natural positivados em Códigos e Constituições, essa teoria do Estado e dos direitos fundamentais inaugurou a idéia participativa da cidadania na formação da vontade soberana e, ao mesmo passo, exprimiu desde a sua implantação o pensamento vitorioso de limitação da autoridade e desmantelamento das estruturas autocráticas de poder, configurativas do absolutismo peculiar às velhas realezas européias de direito divino.

Do ponto de vista conceitual, a teoria se acha erguida sobre axiomas, alguns dos quais, pelo seu teor de racionalidade, permanecem atraentes na construtura e no substrato dos direitos fundamentais de nosso tempo.

Um dos traços característicos dessa concepção consiste em colocar o centro de gravidade dos direitos fundamentais na pessoa de seu titular, o indivíduo, ao redor do qual giram a sociedade e o Estado.

Enquanto ente autárquico ou autônomo, cultiva ele uma esfera de valores, e enquanto indivíduo se vincula à liberdade; é o "homem livre", pois, que busca determinar "o tema, o conteúdo e o sentido" da própria liberdade.[74]

74. Suhr, *EuGRZ*, 529 (532).

Demais disso, insuscetível de avaliação jurídica pelo Estado (Böckenförde), a liberdade, sobre ser formal, é, em princípio, indefinida, e sempre subjetiva, sem se prender de antemão a compromissos com determinados fins ou objetivos.[75] É "uma virtualidade e não um dever", é um direito e não uma obrigação, é um atributo da personalidade e não uma prescrição do Estado.

Como disse Carl Schmitt nos debates constitucionais de Weimar, só aquele que há de ser livre poderá, em última instância, decidir o que vem a ser a liberdade. E Schmitt logo adverte que, se assim não fora, pela experiência humana, cedo a liberdade estaria fadada a desaparecer.[76]

O traço subseqüente mais digno de destaque na doutrina liberal dos direitos fundamentais é aquele contido no postulado que Böckenförde condensou da seguinte maneira: a liberdade do indivíduo juridicamente é, em tese, ilimitada; já, a ação do Estado, e seu poder de intervenção, ao contrário, rodeada de freios e limitações.[77]

A seguir reproduz o douto publicista uma assertiva de Schmitt segundo a qual toda produção de normas, toda intervenção administrativa, toda ingerência estatal, devem ser, em princípio, limitadas, mensuráveis, calculáveis (*berechenbar*), ficando, por sua vez, sujeito também a controle todo controle porventura exercitado pelo Estado.[78]

A teoria liberal chegou aos nossos dias e tomou versão nova por obra da Corte Constitucional da Alemanha. Dos julgados desse tribunal emerge uma copiosa jurisprudência de limitações tanto ao Executivo como ao Legislativo em matéria de direitos fundamentais.

Disso há resultado, em âmbito constitucional, o fortalecimento do princípio da proporcionalidade, de reiterado emprego nas operações interpretativas referentes àqueles direitos.

Com efeito, pela teoria liberal, da maneira como de último ela se reconstrói, enquanto teoria neoliberal, o princípio da proporcionalidade entrou a desempenhar no direito público contemporâneo importante papel de feição judicial. Transformou-se, sem violência ao seu caráter à primeira vista meramente instrumental, em algo comparável a uma instância revisora, a uma corregedoria ou garantia constitucional do controle dos limites que ao Poder Legislativo, em grau mínimo de indispensabilidade, é facultado, pela reserva de lei, traçar aos direitos fundamentais.

75. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., p. 271.
76. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., p. 271.
77. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., p. 271.
78. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., p. 271.

Trata-se, portanto, de um controle do controle, formulado no plano da constitucionalidade para fazer mais eficaz e mais segura perante o Estado a proteção da liberdade do ser humano.

Desse modo e com esse propósito é que o princípio da proporcionalidade tem derradeiramente crescido na esfera interpretativa dos direitos fundamentais. Figura e avulta como a peça operacional mais importante, acabada e inovadora de salvaguarda dos princípios liberais de resistência ao Estado, que a doutrina liberal consagrou.

Atado a uma experiência de justiça, esse mecanismo conservador introduzido nos sistemas jurídicos se tem mostrado apto a corrigir excessos estatais que porventura afetem os direitos fundamentais. Em nível constitucional, é, portanto, garantia da liberdade, e seu emprego exprime nos ordenamentos positivos a ascensão hegemônica dos sobreditos direitos ao penetrarem a consciência da sociedade e do cidadão.

Segundo a teoria liberal, não é a lei, ao limitar os direitos fundamentais, que lhes confere medida e conteúdo, mas, ao contrário, assinala eminente jurista alemão, a lei é que recebe do direito fundamental conteúdo e mensuração.[79]

Daqui se infere, de conseguinte, que na lei se acha ínsito o princípio da legalidade, ao passo que nos direitos fundamentais reside um princípio governativo superior ao da legalidade, dantes predominante, princípio novo ao redor do qual descrevem eles doravante sua órbita de eficácia, a saber, o princípio da constitucionalidade, para onde convergem necessariamente todas as indagações de cunho hermenêutico.

É de assinalar, enfim, que a teoria liberal dos direitos fundamentais faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais. Toda a doutrina clássica da liberdade se condensa nesse paradigma.

Aquele que interpreta direitos humanos e se rege pela teoria liberal colhe aí nessa filosofia do poder e de limitação do Estado os subsídios cardeais de orientação de sua pauta hermenêutica. Com recurso a critérios provenientes da concepção liberal, busca o hermeneuta dilucidar os questionamentos relativos à liberdade e à preservação dos valores de natureza tanto espiritual como material, subjacentes aos direitos fundamentais, e que legitimam a sociedade como reino da pessoa humana, ministrando-lhe um eficaz artefato de resistência ao arbítrio e abusos do Estado.

79. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., pp. 271/272.

C) A teoria institucional dos direitos fundamentais

A mudança mais relevante e profunda na teorização contemporânea dos direitos fundamentais provavelmente ocorre quando se passa da teoria liberal à teoria institucional; é este o ponto de inflexão de uma nova perspectiva doutrinária destinada a superar o entendimento estritamente subjetivo dos direitos da liberdade.

Constituem-se, então, os pressupostos da linha objetiva a partir da qual se dá a escalada das novas gerações de direitos fundamentais.

É na esfera, pois, da reflexão institucional que transcorre a passagem dos direitos individuais aos direitos sociais, com os direitos individuais recebendo a segunda base histórica de sua legitimidade; a primeira fora obra das teses do malogrado Estado liberal.

Graças a esse processo de trasladação de pólos doutrinários, a instituição e o valor entram na cena das idéias e dos conceitos para reformar a fundo o subjetivismo individual do pensamento jurídico cultivado desde a velha escola do direito natural por juristas abraçados às primeiras teses de universalização abstrata da liberdade, e que fizeram vingar o constitucionalismo do moderno Estado de Direito.

Que é, enfim, a teoria institucional?

Os elementos teóricos que respondem a essa indagação se inferem da exposição subseqüente, onde os pontos capitais da doutrina são tratados e exteriorizados com toda a amplitude indispensável à sua compreensão.[80]

80. A teoria institucional dos direitos fundamentais teve notáveis predecessores no campo da doutrina. Desenvolveram eles compacta argumentação jurídica graças à qual se veio a formar tão importante corrente do pensamento constitucional. Enfileiram-se nessas hostes precursoras nomes laureados como o do chefe da escola histórica do Direito, Carl von Savigny, seguido de outros não menos ilustres, declinados por Thomas Wülfing, a saber: Friedrich Julius Stahl, notável filósofo do Direito que escreveu uma obra clássica na primeira metade do século XIX intitulada *Die Philosophie des Rechts*, devendo consultar-se sobretudo o v. 2, I parte, pp. 192 e ss.; Philip Heck, um dos clássicos da jurisprudência dos interesses e da Escola Livre do Direito, que publicou, de importância para o tema, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, pp. 54 e ss.; Maurice Hauriou, o fundador do institucionalismo jurídico em França, autor de "La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social", *Cahiers de Nouvelle Journée* 4, 1925; Martin Wolff, jurista de *Reichsverfassung und Eigentum*, Festgabe für W. Kahl, parte IV; Fritz Fleiner, o abalizado administrativista cuja obra de maior interesse para a matéria aqui versada é *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, a qual teve a sua oitava edição saída dos prelos da "Scientia Aalem" em 1960, e Erich Kaufimann, outro admirável jurista cuja contribuição à teoria da instituição se acha esparsa nos seguintes trabalhos: "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", *VVDStRL* 3, 1927, pp. 2 e ss. e 15 e ss., "Diskussionsbeitrag", *VVDStRL* 4, 1928, pp. 77 e ss., e *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, Gesammelte Schriften, pp. 589 e ss.

É de assinalar, em primeiro lugar, a cautela e o pessimismo de alguns juristas respeitante à teoria institucional dos direitos fundamentais.

Sem embargo de sua extraordinária importância e crucial atualidade, acha-se a teoria sitiada de problemas e agudas controvérsias, principiando as dificuldades, segundo Thomas Wülfing, com a explanação de conceitos quais os de "instituto" e "instituição", sujeitos a uma pluralidade de sentido e a uma aplicação não raro promíscua e contraditória tanto na jurisprudência como na literatura científica.[81]

O mesmo pessimismo perpassa o ânimo doutro jurista alemão que se reporta a "uma confusão babilônica de linguagem" acerca do "institucional", enquanto Schmitt já em 1931 verberava o modismo, advertindo que "toda norma, todo conceito, todo texto de Constituição", tudo, enfim, tende a se converter em instituição e garantia institucional.[82]

Segundo a perspectiva porventura eleita, a instituição, sendo um "complexo de expectativas de comportamento social", oferece ao intérprete dos direitos fundamentais, a partir do enunciado de Bernd Rüthers, esta tríplice lateralidade: o lado fático, o lado normativo e o lado metafísico.[83]

Em Steiger são também três os elementos que caracterizam a instituição: o fim, a realidade social e a ordem jurídica.[84]

Quanto aos institutos de Direito, prevalece ainda, no entender de muitos, a conceituação do jusfilósofo Friedrich Julius Stahl, exarada em princípios do século XIX nestes termos: os institutos de Direito "são complexos de fatos, relações fáticas e normas jurídicas que, conjuntamente, formam, através da unidade de fim que lhes é ínsita (*telos*), um todo indissolúvel".[85]

Tornando à instituição, outra tríplice diferenciação conceitual, formulada por juristas alemães, acerca do que ela venha a ser compreende as seguintes dimensões: a de ente jurídico (*Rechtseinrichtung*), a de par-

81. Thomas Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken*, pp. 65/67.

82. Walter Schmitt Glaeser, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1ª parte, *AöR* 97, p. 60, e Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, pp. 140 e ss.

83. Bernd Rüthers, "Institutionelles Rechtsdenken", pp. 34 e ss.

84. Heinhard Steiger, *Institutionalisierung der Freiheit?*, pp. 109/110.

85. Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, v. 2, I parte, p. 293.

te da realidade social (*Teil sozialer Realität*) e, finalmente, a de sistema ou ordem complexa de valores (*Wertkomplex*).[86]

A teoria institucional, segundo Böckenförde e outros constitucionalistas, trouxe importantes conseqüências de ordem jurídica para a interpretação dos direitos fundamentais.

Primeiro que tudo, alargou consideravelmente o círculo medular de normatividade destinado à proteção desses direitos, revalorizando de certo modo o papel da lei. Esta, na velha teoria liberal, ocupava um espaço onde, do ponto de vista da hermenêutica aplicada aos direitos fundamentais, tinha primordialmente por função limitar aqueles direitos, promovendo intervenções restritivas que, caso não fossem contidas, em nome dos dogmas liberais, poderiam trazer de volta a necessidade de exorcizar o fantasma do poder absoluto e da liberdade perseguida.[87]

Com a tese institucional, segundo seus defensores, a lei muda, porém, de figura e se converte, com respeito aos direitos fundamentais, num instrumento positivo que não só possibilita como promove a liberdade. Confere-lhe conteúdo, se necessário; pois, de antemão, já se tem o entendimento de que a liberdade possui sua morada na instituição e nela se constitui, nela se desenvolve, nela se concretiza.

Chama-se esse processo a "institucionalização jurídica da liberdade". Aí, quando a lei restringe direitos fundamentais, não os restringe naquela acepção negativa inerente à teoria clássica e individualista, senão que os tolhe construtivamente, porquanto tais limitações já pertencem ao conceito mesmo de liberdade e transcorrem guiadas e iluminadas pelas luzes da concepção institucional.

Outra conseqüência jurídica digna de meditação que a teoria institucional produziu, fadada a repercutir na interpretação dos direitos fundamentais, entende com o conceito mesmo de liberdade, o qual doravante fica gravado de um teor finalístico, isto é, teleológico, desatado por inteiro daquele sentido puro de abstração e generalidade de que se impregnava a noção clássica e individualista da liberdade.

De acordo com a teoria institucional, a liberdade é a liberdade-fim, a liberdade dirigida, programada para determinado objetivo, e que busca, como disse Böckenförde, realizar esta ou aquela "tarefa";[88] não é,

86. Thomas Wülfing, ob. cit., p. 75.

87. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, pp. 266 e ss.

88. Ernst-Wolfgang Böckenförde, ob. cit., pp. 274/275.

portanto, liberdade que se desprendeu da sua ambiência real e circunjacente, ou, em outras palavras, tampouco liberdade vazia, desprovida de um substrato que somente a realidade ministra e fora da qual os direitos fundamentais se fazem de todo ininteligíveis tanto na sua estrutura como no seu raio de abrangência constitucional.

Em última análise, é nesta teoria que o conceito mesmo de direito fundamental avulta e se legitima, menos pela subjetividade individual do que pela objetividade material e social, aquela que consagra a tutela e a garantia de bens jurídicos como expressão de uma liberdade viva, real e concreta, exercitada efetivamente, normativamente, positivamente, em espaços existenciais vinculados ao ordenamento institucional.

De último, urge assinalar que, para criar o conceito de "liberdade institucionalizada", liberdade unicamente concebível se alojada em alguma instituição, a teoria institucional, que não a admite sem teto e sem morada, passou historicamente por duas fases.

A primeira fase corresponde à sua formação e consolidação no regaço da sociologia e da ciência política, com um suspeito traço de autoritarismo que a doutrina de Carl Schmitt projetou sobre o campo jurídico. Isto, aliás, procede se atentarmos a que essa doutrina impugnava tenazmente o positivismo jurídico de tradição individualista e punha todo o seu empenho em conciliar e harmonizar, pela via institucional, numa redução de valores, a liberdade do indivíduo com o poder do Estado. Presumia, assim, dissolver aquilo que se lhe afigurava a mais funesta das antinomias modernas legada pela doutrina liberal.

Foi em busca de um terreno mais seguro para a interpretação dos direitos subjetivos da liberdade, emancipando-os de sua servidão individualista e de um suposto risco degenerativo derivado do positivismo legalista vigente na doutrina do Direito, que Carl Schmitt desenvolveu e distinguiu dois célebres conceitos de garantias jurídicas, a saber, garantias institucionais e garantias do instituto;[89] as primeiras gravitando no âmbito do direito público, as segundas tendo por campo gravitacional o direito privado; as do instituto compreendendo herança, casamento, direito de família, propriedade etc., as institucionais ou da instituição arrolando as universidades, as comunidades municipais e suas respectivas

89. Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, pp. 149 e ss. A distinção mais em voga entre as duas modalidades de garantias pode também ser formulada nos seguintes termos: as garantias do instituto protegem instituições de direito privado; as garantias institucionais, instituições de direito público.

autonomias. O assunto, porém, já mereceu tratamento mais largo e minudente noutro lugar desta obra.[90]

Vale, contudo, asseverar nesta abreviada recapitulação que o unilateralismo institucionalizante da liberdade, operado por Schmitt, poderia acabar em catástrofe para os direitos fundamentais, transitando, como já se disse, em escalada de grave risco, do direito para o privilégio, do privilégio para o dever e do dever para a submissão.

Com efeito, tal acontece caso se tenha o Estado por incorporador final da subjetividade individual, enquanto instituição das instituições, atada ao culto autocrático de Carl Schmitt.

Não é sem razão que Friedrich Müller, depois de criticar severamente o parentesco e as afinidades da teoria do sistema com a teoria da instituição, em que Luhmann faz dos direitos fundamentais um sub-subsistema, diz que a posição institucional, em sua degenerescência, perverte a constitucionalidade das leis ao fazê-la legalidade da Constituição e rebaixa os direitos subjetivos da liberdade quando os converte em privilégios institucionalizados.[91]

Efetivamente, a teoria institucional dos direitos fundamentais da versão schmittiana implica o grave risco de conduzir a este paradoxo: a "estatização da liberdade", que obviamente acaba por suprimi-la.

Ocorre, então, aquilo que um jurista denominou de "salto interpretativo tríplice",[92] para configurar o perigo dessa doutrina: primeiro se nomeia a liberdade, em seguida se acorrenta a mesma a uma instituição e, por derradeiro, faz-se a conversão da liberdade num dever.

Com isso se logra a "deverização" e a "dessubjetivação" dos direitos fundamentais,[93] ou seja, a quinta-essência de um Estado *desconstitucionalizado*. Sobre as ruínas do Estado de Direito celebrar-se-ia, então, o jubileu da anticonstituição, incorporada no decisionismo dos guias, entes cuja predestinação de poder é sempre letal aos direitos fundamentais da liberdade.

A seguir, ingressamos na segunda fase da teoria institucional, a contemporânea, onde um nome se destaca acima de todos – o de Häberle –

90. V. o Capítulo deste *Curso* intitulado "As garantias constitucionais e as garantias institucionais na Constituição de 1988".

91. Friedrich Müller, *Modern Conceptions and Interpretation of the Human Rights*, trabalho apresentado à XV Conferência Nacional dos Advogados do Brasil em Foz do Iguaçu, 1994.

92. Dtlef Merten, "Handlungsgrundrecht als Verhaltensgarantien – zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte", *Verw. Arch.* 73, p. 103.

93. Dtlef Merten, ob. cit., pp. 103 e ss.

por haver transportado, sem desfalque de essencialidade, a teoria institucional dos direitos fundamentais para o domínio da ciência das Constituições propriamente ditas, onde ficou domiciliada. Ao mesmo passo, forcejou ele por preservar intangíveis todos os elementos de concretude da liberdade real numa salvaguarda de conceitos que, revistos e aprimorados pelos argumentos da crítica dialética, terminaram por dimensionar, em bases democráticas, estáveis e racionais, os chamados direitos fundamentais.

Medida em termos de préstimo hermenêutico, a teoria da instituição de Schmitt é teoria do Estado, a de Häberle, teoria da Constituição; em Schmitt só se valoriza a instituição, em Häberle a lei e a instituição; a lei democratizada, porém em moldes institucionais de consenso social apurado na autoridade de uma consciência de cidadania, e não aquela lei passada pelo egoísmo do legislador como privilégio de classe.

Basta esse traço, no que toca à interpretação dos direitos fundamentais, para configurar a superioridade do segundo sobre o primeiro.

Schmitt voltava sempre as suas vistas para o Estado e, se empunhava a teoria da instituição, era com o objetivo único e dissimulado de desbaratar a força hegemônica do positivismo individualista.

Com efeito, ao radicar a liberdade em esferas institucionais, tinha Schmitt por escopo imediato estabelecer um paralelo entre a lei e a instituição. De tal sorte que, estando os direitos fundamentais inseridos no tecido institucional, bastava essa averiguação para fazer a balança estimativa inclinar-se do indivíduo para a instituição a expensas da lei, ou seja, em última instância, subtraíam-se, com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador.

A manutenção do *statu quo* sob a égide do Estado decisionista que marginalizava o poder parlamentar se tornou provavelmente a base da teorização institucional dos direitos fundamentais por Carl Schmitt, teorização da qual, aliás, se poderiam inferir conceitos interpretativos de aplicação lesiva à liberdade e ao gozo daqueles direitos.

A fixação de regras e cláusulas de rigidez pelo constituinte soberano representou um notável avanço para suprimir eficazmente nas Constituições a supremacia do legislador *legibus solutus*, do positivismo jurídico mais radical e ortodoxo; legislador que dantes tinha nas reservas da lei, em relação aos direitos fundamentais, a possibilidade sempre inquietante de introduzir "ilimitadamente" limites, suscetíveis de tolher o livre exercício e fruição desses direitos.

Nesse ponto é que se afirma a superioridade constitucional e democrática da posição de Häberle, vazada, conforme é fácil demonstrar, na fé de um Estado de Direito concreto, real e efetivo.

Respeitante ainda aos direitos fundamentais e aos excessos da ação legislativa que os limite, o corretivo não se confina tão-somente em valer-se no texto constitucional das cláusulas de intangibilidade, senão que consiste por igual no emprego de um instrumento interpretativo do alcance e da amplitude do princípio da proporcionalidade, tão em voga na hermenêutica constitucional de nosso tempo.

A teoria institucional da segunda fase parece haver resolvido com Häberle outro problema deixado sem solução por Schmitt, a saber, o da antinomia entre a dimensão jurídico-individual e a dimensão jurídico-institucional dos direitos da liberdade. Schmitt deixara esta última dimensão, conforme já patenteamos, oxidada e contaminada pelo autoritarismo subjacente à sua doutrina, sempre suspicaz às expectativas da liberdade.

Já, a construção do modelo institucional haeberliano, que se comunica com a sociedade aberta e alarga consideravelmente o raio dos intérpretes constitucionais, não só abala o caráter autoritário que durante tanto tempo fora manifesto naquela última dimensão, como dissolve a mencionada antinomia.

Com um traço de originalidade, fez ele a nova teoria institucional se assentar sobre um pedestal de relações mútuas bastante fortes entre o lado subjetivo-individual e o lado objetivo-institucional.

Da aproximação de ambos os lados e de sua equiparação valorativa promana a verdadeira essência do direito fundamental, segundo a nova corrente institucional. Conjugados, assim, dois aspectos supostamente heterogêneos, nem por isso deixou-se de proclamar a preponderância do elemento objetivo. Com essa preponderância, porém, a teoria já não suprime, nem questiona, nem ameaça a dimensão subjetiva. Antes a preserva e defende, ao mesmo passo que faz nascer na sociedade mais direitos; estes derivam em grande parte do aumento de complexidade da organização social e se concretizam sem sacrificar o aspecto subjetivo, sem coarctar no grupo a sua liberdade e no ser individual a sua personalidade.

Não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu caráter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo.

Com efeito, segundo Häberle, os direitos fundamentais, enquanto institutos, formam círculos perfeitamente distinguíveis na ordem existencial comum. Por sua vez, os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais subjetivos, formam partes elementares integrativas dos mencionados círculos.[94]

94. Peter Häberle, *Wesensgehaltgarantie*, p. 99.

Do mesmo autor se depreende haver, portanto, uma relação de reflexos e influxos entre os direitos fundamentais e a instituição. Daqui logo se infere que, vista pelo ângulo institucional, a liberdade, debaixo daquela teoria, comunica aos sobreditos direitos concretude existencial, conteúdo, efetividade, segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam, portanto, mais largos e os direitos fundamentais já não sobem ao céu da promissão. Em razão disso, principiam eles, por via hermenêutica, uma caminhada metodológica que há de prosseguir com outras teorias.

Enfim, mercê dos subsídios oferecidos à interpretação dos direitos fundamentais ao solver o problema subjetivo da liberdade, a teoria institucional é, na sua derradeira fase, uma teoria do Estado de Direito, e, como tal, aufere legitimidade democrática.

D) A teoria dos valores

A teoria dos valores, por mais estranho que pareça, ainda impetra a sua autonomia na província constitucional das concepções de direitos fundamentais. Com efeito, juristas equivocados a reputam tão-somente um ramo ou variante da teoria institucional. Alegam que na instituição os valores têm a sua moradia, sendo isto o que mais avulta, quando se correlacionar instituição e direitos fundamentais.

Contudo, a influência dos valores, de último, parece haver remoído essas dúvidas e ofuscado o próprio elemento institucional. Prestigioso outrora, numa certa fase do desenvolvimento teórico do Direito, o institucionalismo jurídico em si mesmo já não tem a importância de concepção dominante.

Cede lugar, cada vez mais, às correntes axiológicas, com as quais de certo modo se relaciona intimamente.

A formação da teoria valorativa dos direitos fundamentais passa por dois períodos constitutivos facilmente identificáveis: um que transcorre em região abstrata e teórica, onde se vincula a indagações metafísicas, fenomenológicas e axiológicas propriamente ditas, expendidas por filósofos e jusfilósofos, determinados a inquirir nos valores a essência dos comportamentos humanos e sociais; outro que se desdobra numa esfera de concepções doutrinárias extraídas diretamente da realidade jurídica, ou seja, dos valores que aí se concretizam formando o espírito e a unidade do ordenamento positivo, valores, para assim dizer, captados na jurisprudência constitucional dos tribunais. Disso advém uma conclusão: só os direitos fundamentais como ordem valorativa legitimam o poder do

Estado. Mas há um terceiro período que depois será objeto de tratamento especial.

O primeiro período compreende dois momentos consecutivos: o filosófico e o jurídico.

Durante o primeiro momento lança-se o fundamento filosófico da teoria, ministrado pela ética material dos valores, de Nicolai Hartmann e Max Scheler. Os valores tomam, aí, forma ôntica e se explicam por processos ontológicos e fenomenológicos.[95]

Nessa visão, compartilhada tanto pelo Direito como pela Filosofia, os direitos fundamentais constituem a expressão de valores objetivos. De capital importância para alcançar as nascentes filosóficas da teoria dos valores são estas duas obras: a *Ética*, de Nicolai Hartmann, e *O Formalismo na Ética e a Ética Material dos Valores*, de Max Scheler.[96]

Já, o momento jurídico é o apêndice necessário e congruente das elucubrações processadas durante o momento filosófico antecedente. Aqui, as nossas reflexões ingressam nos debates da época constitucional de Weimar, debates feridos ao redor dos direitos fundamentais da nova Constituição.

Uma das figuras que mais se destacaram então foi a do jurista e pensador Rudolf Smend, cuja teoria da integração trasladou, do plano filosófico ao plano jurídico, idéias de E. Husserl, W. Dilthey e, sobretudo, Theodor Litt.[97] Sem falar doutros que subministraram também parte do pecúlio filosófico da nova posição, a saber, aquela que se inspira, conforme já assinalamos, na ética material de valores.

Com base em postulados axiológicos, criou Smend o método científico-espiritual de interpretação da Constituição, colocando-se em posição adversa ao positivismo e criando um conceito novo tanto de Constituição como de direito fundamental.

A conceituação que ele elaborou serviu de ponto de partida àquelas correntes metodológicas que operaram o reexame dos critérios interpretativos tradicionais.

Após percorrerem um longo caminho, fizeram nascer a Nova Hermenêutica.

95. Klaus Grimmer, *Demokratie und Grundrechte*, 1980, pp. 129/130 e Joaquim Carlos Salgado, "Bases filosóficas para uma hermenêutica dos direitos fundamentais", in *O Sino do Samuel*, p. 6.

96. Nikolai Hartmann, *Die Ethik*, 1949, e Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1954.

97. K. Grimmer, ob. cit., p. 129.

Em Smend os direitos fundamentais se inserem no processo integrativo da ordem estatal, na sua existencialidade política, e justamente por contemplarem essa dimensão eles já não se identificam, enquanto categoria autônoma, com os direitos humanos da versão genérica, abstrata e universalista que tanto marcou as formulações franco-anglo-americanas; são eles sempre e necessariamente os direitos fundamentais de uma coletividade nacional, assinalados por esse traço de exclusivismo e objetivação, presos, portanto, a valores cuja síntese compõe a expressão integrativa do ordenamento jurídico-espiritual.

Em sua essência, o novo conceito de direito fundamental define o *status* material do membro da comunidade; nesse *status* se incorporaram valores de natureza espiritual, que exigem do jurista uma posição interpretativa distinta daquela usualmente professada pelas escolas do positivismo.

O direito fundamental, à luz dessa inteligência hermenêutica, não é norma, mas valor. Não é norma pelo menos no sentido habitual do positivismo normativista. Sua função na concepção de Smend é, sobretudo, por uma determinada perspectiva, a de legitimar o próprio poder do Estado, do qual ele, como ordem objetiva de integração, não se pode desmembrar.

Adquire, por conseguinte, o direito fundamental uma natureza distinta daquela que tinha na teoria subjetiva liberal; houve manifesta variação de significado e o novo sentido, impregnado de conteúdo valorativo, preside as regras interpretativas diferentes que doravante lhe são aplicáveis. Surge, assim, o método científico-espiritual e hierárquico-valorativo.

Por esse método, diz Böckenförde, os direitos fundamentais são tratados como valores ou exprimem decisões sobre valores.[98] E em razão disso forçosamente se emancipam do método jurídico tradicional. Abrem-se, então, as portas da interpretação dos direitos fundamentais à entrada de "um positivismo de conformidade com os valores da ordem do dia", arvorados e cultivados por mutantes e sucessivas concepções de valores cujos fluxo e volume são de todo imprevisíveis, ficando a normatividade do direito fundamental sacrificada ao juízo de valor do intérprete, o qual, desse modo, pode colocar-se acima e fora da Constituição, sendo unicamente "constitucional" aquele valor que a sua pré-compreensão comunicar ao texto para, em seguida, erguê-lo como argumento decisório do ato interpretativo, uma vez completada a operação hermenêutica.

98. E.-W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie", cit., p. 279.

Com o conceito de Constituição, Smend também inova. A Constituição é sistema de valores. A fórmula deixa perplexo o jurista do positivismo clássico, afeiçoado pela frieza kelseniana a ver em toda Constituição não um sistema de valores, mas um sistema de normas.

Protesto juspolítico do nacionalismo alemão, a doutrina constitucional de Smend traz a reminiscência da escola histórica. Fez ele com o direito público o que Savigny fizera com o direito privado, ambos impulsionados, nos subterrâneos sigilosos da consciência, pelas mesmas motivações angustiantes e amargas da humilhação nacional nos campos de batalha. Savigny perseguido pela sombra de Napoleão, Smend abalado pela capitulação imperial do derradeiro monarca. A Alemanha de joelhos se revoltava intelectualmente: ontem sob a bandeira da escola histórica, de último sob o estandarte da reação espiritualista ao positivismo.

A concepção científico-espiritualista e hierárquico-valorativa da constituição desenvolvida por Smend caiu, porém, no esquecimento com a queda da República weimariana e o epílogo de seu constitucionalismo controvertido. Mas uma terceira derrota histórica do *Reich* alemão a ressuscitou depois de 1949 nos arestos da Corte Constitucional da Alemanha.

Principia então o segundo período da teoria axiológica dos direitos fundamentais, num terreno adubado pela jurisprudência, a qual se antecipa à doutrina e constrói com o seu material casuístico uma concepção hermenêutica de fundo axiológico, posto que um tanto difusa e dispersa na heterogeneidade das posições valorativas professadas, que todavia não logram um nexo teórico de racionalidade e congruência.

Sem embargo de sua imperfeição e insuficiência, a segunda teoria dos valores desde os arestos de Karlsruhe se constituiu numa poderosa sugestão de pensamento e crítica hermenêutica, traduzida em direções renovadoras, com decisivo influxo sobre a metodologia interpretativa dos direitos fundamentais.

A fecundidade do debate provocado pela ressurreição das idéias constitucionais se mede pelo forte eco da polêmica de Forsthoff na década de 60 com os juristas que defendiam a linha jurisprudencial da Corte alemã, orientada para uma hermenêutica de valores, em sintonia com as teses do método científico-espiritualista.

Criou-se durante esse período, por via metódica, uma ciência jurisprudencial dos direitos fundamentais, cuja importância fica patente com a obra de Alexy e Müller, que aprofundaram a crítica aos arestos constitucionais do Tribunal alemão, donde partiram para indagações autônomas de largo alcance hermenêutico, sem as quais não teriam ocorrido,

no domínio das Constituições, os progressos interpretativos de último observados, a par da renovação de conceitos que moderniza todo o direito constitucional contemporâneo.

A interpretação dos direitos fundamentais vinculada a um entendimento axiológico tem sido alvo de pesadas críticas, nomeadamente quando se emprega referida a um sistema abstrato de valores. Todavia, segundo Böckenförde, a teoria serve para a solução de problemas que envolvem colisão de direitos fundamentais, mútuo entrelaçamento interferencial desses direitos e determinação de seus limites.[99]

Demais disso, abre caminho também a uma compreensão profunda do caráter sistêmico e unitário da ordem constitucional bem como da globalidade dos direitos fundamentais, legitimando-lhes a superioridade normativa.

As instituições de direito político e os institutos de direito privado incorporam e positivam valores que formam um sistema em cuja interioridade tem ingresso a dimensão subjetiva da pessoa humana que nele alcança integração e fim. Esse sistema de valores faz a unidade da Constituição. E a unidade da Constituição, elevada à categoria de princípio, é a esfera onde se movem em toda sua plenitude objetiva os direitos fundamentais. Aliás, há duas concepções de unidade da Constituição: uma da teoria positivista, outra da teoria material; esta insere a unidade dos direitos fundamentais, aquela a exclui, e ao excluí-la faz inadmissível toda diligência interpretativa por via sistêmica, a qual só é possível com a abrangência dos referidos direitos.

Averiguar a existência de valores no ordenamento constitucional ou proclamar a Constituição um sistema e ordem de valores não constitui problema; o problema é estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplicá-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los, enfim, exeqüíveis em toda a sua plenitude, solvendo ao mesmo tempo as dificuldades teóricas contidas no binômio jurídico: valor e norma.

Tratando-se de interpretar direitos fundamentais, cabe, por derradeiro, a indagação decisiva: é o direito fundamental valor ou norma?[100]

Eis a questão precípua. Friedrich Müller a levanta precisamente ao ocupar-se da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais. Sua resposta, porém, é de todo o ponto negativa. Segundo ele, os direitos

99. E.-W. Böckenförde, ob. cit., p. 281.
100. F. Müller, conferência cit., Foz do Iguaçu.

humanos – em nossa terminologia designados preferencialmente por direitos fundamentais – não são "valores", são "normas", e quando a Constituição os positiva se tornam direitos vigentes (*geltendes Recht*).[101]

Conclui o insigne Mestre que dever do jurista é, portanto, interpretá-los como normas, e quem assim não o faz, insistindo em tomá-los hermeneuticamente por "valores" em verdade os "des-valoriza" (*ent-wertet sie gerade*).[102]

Direção análoga parece seguir Eberhard Grabitz em seus estudos sobre a liberdade no direito constitucional, ao afirmar que o valor por si mesmo não pode ministrar fundamentação e o ato mesmo de socorrer-se dele também precisa de ser fundamentado.[103]

A crítica de Böckenförde à utilização hermenêutica dos valores assenta na verificação da inexistência, segundo ele, de fundamentos racionais com que escorar uma interpretação.[104] O mesmo pessimismo ele estende à hierarquia de valores, difícil de legitimar-se à mingua também de elementos racionais com que amparar um critério seguro de "avaliação".

Imperativo lógico do pensamento valorativo sobre direitos fundamentais seria, então, no entendimento do mesmo autor, determinar qual o interesse mais alto que sempre se impõe incondicionalmente aos interesses inferiores.[105]

Demais disso – explica ele –, as decisões sobre conflitos de direitos fundamentais, ainda que baseadas em ponderações de valores, carecem de fundamentação real. Ministram tão-somente uma aparência de racionalidade. Sua conclusão é a de que a teoria dos valores encobre substancialmente o decisionismo hermenêutico dos juízes.[106]

Com efeito, abusando da pauta normativa dos valores, o juiz-intérprete se inclina, com freqüência, impalpavelmente, ao subjetivismo de sua "pré-compreensão", dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz, por sua vez, a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.

101. F. Müller, conferência cit.
102. F. Müller, conferência cit.
103. Eberhard Grabitz, ob. cit., p. 217.
104. E.-W Böckenförde, ob. cit., p. 281.
105. E.-W. Böckenförde, ob. cit., p. 281.
106. E.-W. Böckenförde, ob. cit., p. 281.

Isto certamente levou Pérez-Luño, arrimado em Böckenförde, a assinalar que o método científico-espiritual de interpretação dos direitos fundamentais (*Werttheorie*) "desembocou, em múltiplas ocasiões, numa pura intuição arbitrária e decisionista que encerra o perigo de degenerar numa autêntica tirania dos valores (*Tirannei der Werte*)".[107]

Todas essas objeções à primeira vista inferiorizam a teoria dos valores, mas podem ser removidas mediante o emprego de técnicas legitimadoras de racionalidade política, de fundo democrático, capazes de embargar a ditadura constitucional dos tribunais, isto é, o temido governo de juízes.

Para tanto vale uma ampla reforma, já em curso, de conceitos constitucionais clássicos, desde os de Constituição, direitos fundamentais, separação de poderes, até o de interpretação propriamente dita. Essa reforma tem por fundamento uma nova compreensão hermenêutica dos direitos fundamentais, devendo inaugurar o terceiro período na aplicação da metodologia axiológica, que chegará, assim, à sua fase mais brilhante de legitimação das bases do poder. Em verdade, uma nova teoria de valores já se constitui subjacente àquelas correntes do pensamento jurídico que levam mais a sério os direitos fundamentais, prescrevendo-lhes a natureza *principial* e estabelecendo, ao mesmo passo, a sua hegemonia no seio do regime normativo que governa a organização do Estado e da Sociedade. É o que forcejaremos por demonstrar em seguida.

E) Qual a teoria que deve prevalecer?

"As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos" – disse Carl Schmitt, homenageando em 1967 o jurista Forsthoff num estudo intitulado "A tirania dos valores".[108]

A esse conceito sobre o valor, exarado pelo constitucionalista de Weimar, adere Höfling quando demonstra que "o específico do valor consiste nisso: ao invés de um ser o que ele tem é uma validade (*Geltung*), um dever ser".[109]

Em contraste, pois, com a Filosofia, poder-se-á então dizer que no Direito o valor não é categoria ontológica, não tem ser; tem validade.

107. Antonio-Enrique Pérez-Luño, *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, pp. 972/973.
108. Carl Schmitt, "Die Tyrannei der Werte", in *Säcularisation und Utopie*, p. 37.
109. Wofram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, p. 58.

A importância jurídico-constitucional do valor assume na época contemporânea uma latitude de normatividade sem precedentes desde que os princípios foram colocados no topo da hierarquia constitucional. E os princípios são valores. E, sendo valores, são também normas, com uma dimensão de juridicidade máxima. A equiparação valor-norma representa de certo modo um dos avanços mais arrojados e significativos da ciência constitucional de nosso tempo; uma vez estabelecida, proclamada ou reconhecida, ocasiona a ruína programática das Constituições, porquanto se sabe que as chamadas normas programáticas foram sempre uma espécie de salvo-conduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito.

Sendo a Constituição um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo, é possível, então, a partir de sua unidade sistêmica, restaurar, em sede hermenêutica, a teoria dos valores como teoria de normas *principiais*, cuja primazia nas esferas doutrinárias e jurisprudenciais do constitucionalismo nos consentirá responder afirmativamente, com este novo artefato teórico, à indagação posta ao início destas linhas.

Mas as presentes reflexões poderão prosseguir enveredando pelos caminhos sistêmicos, onde os princípios, aparelhados de uma densidade normativa dantes desconhecida ou impugnada hão de iluminar toda a hermenêutica dos direitos fundamentais.

Quem doravante os ignorar, sobre ficar incapacitado a compreender o funcionamento dos mecanismos da Constituição, não terá condições de acesso sequer ao mais grave problema constitucional do modelo vigente, que a teoria dos valores, depois de ingressar agora em seu terceiro período, revestida de subsídios mais sólidos, e passar por substancial reforma, há de necessariamente levantar e trazer à evidência, talvez de maneira um tanto atropelada, mas com todo o empenho de achar-lhe a solução; enquanto não o fizer, será sempre questionada na sua qualidade de teoria dos direitos fundamentais, não importa a lógica, a congruência e a força com que ela se irradia às próprias bases do sistema e a seus meios funcionais.

Trata-se do problema de estabelecer e declarar a legitimidade do título de quem, em derradeira instância, concretiza direitos fundamentais, lê a Constituição como juiz, decide e interpreta matérias constitucionais e se investe de poder, ao qual chegou pela lógica do sistema, até congregar em sua vontade a competência das competências, se empregarmos para tanto a linguagem de Jellinek.

O admirável Estado de Direito construído por um constitucionalismo que protege e consagra na raiz de todos os seus princípios a dignidade da pessoa humana, sem a qual a liberdade é abstração – constitucionalismo de valores, por conseguinte –, cobra, para sua sobrevivência, no cotidiano exercício de suas funções, uma justificativa final, um título de legitimidade, cuja carência há de conduzir, como já advertimos, ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia.

Não há como conjurar, pois, esse desfecho perturbador senão introduzindo na teoria axiológica da terceira fase a supremacia dos direitos fundamentais da quarta geração, os quais abrangem principalmente a democracia, a informação e o pluralismo. Só estes terão dimensão legitimadora bastante com que obstar a uma dissolução do regime constitucional por obra dos hermeneutas da concretização, transviados pela sedução de um poder potencialmente ilimitado, oriundo da interpretação vinculante que eles, juízes supremos da constitucionalidade do ordenamento, fazem como guardas soberanos da Constituição.

Nova teoria axiológica ou simplesmente teoria dos valores da terceira fase – a concepção valorativa a que ora nos reportamos tocante aos direitos fundamentais, sobre ter um largo alcance hermenêutico, conforme já se demonstrou, produz mudanças de sentido na consideração conceitual de certas noções básicas, quais as de direito fundamental, Constituição, hermenêutica, liberdade, separação de Poderes e proporcionalidade.

Chegam algumas a se tornar autônomas perante os conceitos clássicos da ciência constitucional, passando a compor as bases de um novo direito constitucional, exposto ao longo deste capítulo e que inspira todo este compêndio. Direito, pois, vazado numa fundamentação mais sólida, proporcionada pela teoria material da Constituição, que é obra do pós-positivismo e da rejeição liminar ao modelo exaurido, do tradicional formalismo positivista, da velha escola de Gerber, Laband e Jellinek, cujo epígono foi Kelsen com sua concepção normativista do Direito.

É de assinalar que juristas do quilate de Alexy, Böckenförde e Friedrich Müller desenvolveram com acuidade e rigor científico os elementos capitais que hão de compor essa construção sistêmica-axiológica, retirados de reflexões e observações críticas feitas ao redor da realidade jurídica. Mas não atentaram em emprestar-lhes um sentido constitucional de unidade, porquanto tampouco perceberam que estavam dando largos e significativos passos para o advento de uma teoria de direitos fundamentais, a nosso ver, fadada, quando se constituir, a ser uma teoria alternativa, bem mais satisfatória que todas as precedentes, inclusive a valorativa tradicional, aquela que Müller, por exemplo, impugnou com

veemência ao apostrofar que os direitos fundamentais não são valores, são normas. Os notáveis juristas viram a árvore gigantesca, mas não viram a imensa floresta.

Talvez não resulte difícil intuir o nexo unitário que prende aqueles conceitos, cuja alteração foi muito bem percebida. Mas o mesmo já não se pode dizer tocante ao sentido de unidade e generalidade para o qual tendem, visto que sua percepção teria conduzido já à formulação de outra teoria dos valores. Teoria, aliás, que está na Constituição e se deplora não haja sido ainda inferida pelos teoristas do Direito Constitucional. O atraso da Dogmática a esse respeito é, portanto, incompreensível, injustificável, inaceitável.

Vejamos, sumariamente, que alterações ocorreram desde a descoberta da nova dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Começam com os próprios direitos fundamentais, que já não se circunscrevem à esfera subjetiva confinada ao confronto indivíduo-Estado, numa relação onde se patenteia sempre a exterioridade do ente individual frente ao Estado, em antagonismo com este, isto é, em oposição ao seu poder.

Como se vê, havia dantes o direito fundamental do *status negativus*, mas agora o que há é um direito fundamental incorporando à sua caracterização a dimensão objetiva, isto é, adquirindo esta nova qualidade: a de não ficar precisamente sujeito à unilateralidade daquela relação.[110]

Tornaram-se, assim, direitos fundamentais expansivos, que abarcam todas as províncias do Direito, que se assenhoreiam, num certo sentido, de todo o direito privado – por via constitucional – e se transformam numa espécie de bússola da Constituição, norteando e governando todo o ordenamento jurídico. São esses direitos fundamentais a Constituição mesma em seu máximo teor de materialidade.

A mudança atinge também a Constituição. Deixa ela de ser um sistema de normas na imagem clássica do positivismo para se transverter num sistema de valores e, a seguir, num sistema de princípios, sendo esse o ponto inquestionavelmente crítico em que a passagem do sistema valorativo ao sistema *principial* faz surgir o embrião da nova teoria dos valores, desde muito em gestação jurisprudencial. É a esta altura, aliás, que se reconhecem na doutrina a inteira juridicidade e hegemonia normativa e hierárquica dos princípios, os quais encarnam doravante a alma das Constituições.

110. E.-W. Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen".

Com respeito à hermenêutica, a dimensão objetiva e valorativa dos direitos fundamentais, seguida do reconhecimento de sua natureza *principial*, foi decisiva para transitar-se da hermenêutica jusprivatista, de subsunção, da metodologia dedutivista para a moderna hermenêutica juspublicística, a chamada Nova Hermenêutica, a hermenêutica constitucional, basicamente indutiva, onde se aplica com freqüência o princípio da proporcionalidade e que gera conceitos novos quais os de "concordância prática", "pré-compreensão" e "concretização".

O conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas.

Com efeito, na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.

A liberdade também se viu afetada desde que se desfez a singularidade da face subjetiva dos direitos fundamentais, hoje direitos de dupla dimensão ou dupla face: a subjetiva e a objetiva, sendo esta, a certos aspectos, a que mais renovou os fundamentos do direito constitucional contemporâneo.

Mais do que institucionalizada, a liberdade teria sido sobretudo, em esfera teórica, "constitucionalizada" em sua inteira amplitude material, isto é, em toda a sua linha de concretude, por obra da nova dimensão objetiva dos direitos fundamentais. E o foi, portanto, num sentido de generalidade, apta a dar positividade, ou seja, aplicações efetivas, além das esferas abstratas – como admiravelmente ressaltou Böckenförde –, àquela célebre máxima que Kant formulou acerca do Direito.[111].

Com efeito, mediante a dimensão subjetiva alcançava-se apenas uma extensão parcial da liberdade, em que se compatibilizava especificamente a liberdade do indivíduo com a liberdade do Estado; já, com a dimensão objetiva – diz aquele autor –, seria possível fazer a liberdade, enquanto fruição de direitos fundamentais, estender-se a todos os mem-

111. E.-W Böckenförde, ob. cit.

bros da Sociedade, tornando, assim, verídico e eficaz, em todo o seu raio de abrangência social, o sobredito axioma de Kant.[112]

Tocante ao princípio da separação de Poderes, enquanto inspirado pela doutrina de limitação do poder do Estado, é uma coisa; já, inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto; ali exibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais.

A multilateralidade dessas relações certifica que os direitos fundamentais já não ficam restritos à cidadania burguesa, ao seu Direito, ao seu Estado legislativo, ao seu código, à sua razão, senão que se irradiam por igual, materialmente, a todas as camadas sociais, levando consigo um novo direito – o direito do Estado constitucional, o direito da Constituição, da Sociedade, do sistema, dos princípios constitutivos que fundamentam uma República democrática de Direito, como a da Constituição de 1988. Princípios que abrangem, entre outros, em nossa ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sem os quais não se chega à democracia enquanto direito da quarta geração (v. art. 1º da Constituição Federal).

A separação de Poderes instala-se, portanto, tecnicamente numa Sociedade de extrema complexidade, por onde trafegam velozes três gerações de direitos fundamentais – e estamos, já, às vésperas da quarta, em adiantado estado de gestação! –, as quais, para se concretizarem, impetram uma hermenêutica de princípios sujeitos a colidirem, não havendo, porém, instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado democrático de Direito do que a jurisdição constitucional. Sua ascendência pode, todavia, abalar o compromisso da separação e ocasionar, em favor de um só dos Poderes, oscilações de competência suscetíveis de fazer o próprio princípio malograr.

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição.

112. E.-W Böckenförde, ob. cit., p. 24.

Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

Por fim, concluindo essa ligeira análise à convergência de mutações que podem estruturar uma nova e mais sólida teoria de valores, cabe referir, por igual, a proporcionalidade, que já não reproduz o clássico princípio da proporcionalidade em seus elementos constitutivos tradicionais.

Poder-se-ia, desse modo, vislumbrar na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios; isto sobretudo tocante à interpretação de direitos fundamentais. Seguindo, assim, a trilha dos constitucionalistas da Nova Hermenêutica, urge assinalar que nenhum desses princípios, deixando de ser aplicado na hipótese conflitual, é sacrificado ou expulso do ordenamento jurídico, qual sói acontecer com a norma inconstitucional. Em outras palavras, o princípio cuja aplicabilidade ao caso concreto se viu recusada por ensejo da ponderação estimativa de valores, bens e interesses, levada a cabo pelo intérprete, continua a circular válido na corrente normativa do sistema, conservando, intacta, a possibilidade de aplicação futura.

Em verdade, trata-se de um novo princípio da proporcionalidade, segundo adverte Böckenförde,[113] tendo agora por função única a ponderação de prós e contras, ou seja, o preenchimento da necessidade de fazer avaliações na aplicação de princípios, de escorar, em termos compatíveis, a decisão judicante, enfim, de solver o problema das "assimetrias", a que se reporta aquele constitucionalista.[114]

Tudo, sem dúvida, por obra da expansão de eficácia dos direitos fundamentais em "todas as direções e em todos os campos do Direito".[115] Uma expansão cujos limites de intensidade, segundo o constitucionalista, são de certo modo desconhecidos e incertos, ficando, por conseguinte, impreterível e indeclinável recorrer a um instrumento de concretização

113. E.-W. Böckenförde, ob. cit., pp. 20/30.
114. E.-W. Böckenförde, ob. cit., pp. 19/20.
115. E.-W. Böckenförde, ob. cit., pp. 20/30.

dos direitos fundamentais apto a harmonizar, tanto quanto possível, princípios e interesses. Estes já não são apenas, no dizer de Alexy e Böckenförde, aqueles deveras simplificados da relação Estado-indivíduo, típica da época liberal e de uma Sociedade sem os altos níveis de complexidade da Sociedade pós-industrial de nosso tempo.

8. *A interpretação dos direitos fundamentais segundo a Constituição de 1988: o problema hermenêutico dos direitos sociais em face da expressão "direitos e garantias individuais" do art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior*

Considerada em nível abstrato, a normatividade do texto é, num primeiro momento, a potencialidade da eficácia; não é ainda a eficácia propriamente dita. Esta só ocorre, e deixa de ser uma possibilidade, quando o texto normativo se vincula ao caso constitucional, isto é, ao problema que se coloca perante a Constituição em busca de solução; em outras palavras, quando se incorpora ao processo de concretização nos moldes pragmáticos que vão, segundo Müller, em sua teoria estruturante do Direito, da norma-texto à norma decisória.[116]

Esta última é o coroamento tópico, o ponto de aproximação de um percurso crítico e avaliativo que vai da intervenção perquiridora de formas verbais – argumentos lingüísticos expressos no programa da norma (*Normprogramm*) – ao emprego de formas fáticas e elementos provenientes da realidade mesma, a realidade concreta, contida no "círculo da norma" (*Normbereich*), até que se alcance, pelo raciocínio interpretativo, resultante da combinação da *Normprogramm* com a *Normbereich*, aquela norma de Direito aplicável, a norma específica (*Rechtnorm*), por onde se chega, a seguir, ao termo da trajetória de concretização consumada com a norma decisória (*Normentscheidung*).[117]

A metódica concretizante de Müller, onde o "dever-ser" do texto só é "dever-ser" depois de absorver a dimensão participativa do "ser", ou seja, da realidade, desempenha também um papel importantíssimo, com as normas *principiais*, na construção teórico-interpretativa dos direitos fundamentais, derivada do modelo constitucional indutivo daquele insigne jurista.

A partir daí podemos, com efeito, providos de mais segurança teórica, confrontar na Constituição brasileira os direitos sociais – e quiçá também, se assim quisermos, os demais direitos que transcendem os da

116. F. Müller, conferência cit.
117. F. Müller, conferência cit.

primeira geração – com os direitos e garantias individuais pertencentes a esta última geração ou categoria e que a configuram. Direitos são estes que em nosso ordenamento jurídico receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula de rigidez extrema do § 4º do art. 60, que retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.

Diante dessa exclusão, tão peremptória, limitando materialmente a capacidade de deliberação do constituinte secundário, levanta-se uma questão interpretativa da mais subida importância, porquanto envolve no círculo daquela garantia suprema os direitos sociais; a questão consiste precisamente em saber se esses direitos entram ou não naquela esfera de proteção absoluta.

Do ponto de vista hermenêutico afigura-se-nos haver a esse respeito duas respostas possíveis.

A primeira se infere da especificidade e literalidade do § 4º do art. 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no dispositivo unicamente aos "direitos e garantias individuais" como fluem, de imediato, e sem qualquer intermediação doutrinária, do formalismo jurídico da Constituição-lei e dos códigos onde se pormenorizam os conteúdos normativos do ordenamento.

Por esse prisma, a expressão "direitos e garantias", ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e sua versão de positivismo jurídico.

Dessa fonte privilegiada promana, assim, o enunciado normativo onde se cristalizam no Direito os axiomas da razão individualista. Trata-se de um círculo cerrado à invasão de outros conteúdos axiológicos, suscetíveis também de se normativizarem ou criarem dimensão nova de juridicidade mais lata para aquela expressão, ou seja, de alterar-lhe aditivamente o sentido com maior abrangência de espaço, no qual se introduziria, então, aquilo que aos teoristas liberais se lhes afigura um paradoxo ou uma singularidade inadmissível: a natureza social dos direitos individuais, noção filosoficamente impura e promíscua, segundo essa linha de pensamento, mas que, convenhamos, já prevalece em considerável parte da doutrina contemporânea, livre de impugnadores, a cimentar o argumento interpretativo mais importante de numerosa parcela de hermeneutas constitucionais, consoante demonstraremos posteriormente.

Como se vê, para que vingue a primeira interpretação, faz-se de todo o ponto necessário confiná-la tão-somente àqueles direitos e garan-

tias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal.

Com esse Estado de Direito, lograram referidas garantias e direitos um grau superior de normatividade ou juridicidade, o mais alto que se conhece, e por isso mesmo o de mais baixa impugnação no âmbito de um direito historicamente tão jovem quanto o direito constitucional. Longe se acha este, porém, de equiparar-se, em rigor técnico de aplicabilidade – assim o digam as cláusulas programáticas –, ao velho direito privado da herança romana. Direito, enfim, cujos códigos se impregnaram de uma doutrina individualista assentada no binômio indivíduo e Estado, dois pólos impermeáveis de materialidade antagônica e confrontante, segundo os axiomas do liberalismo e sua filosofia do poder.

A interpretação comprimida e restritiva do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas bases de sustentação e legitimidade; seria, por conseqüência, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais.

Com efeito, os incisos III e IV do § 4º do art. 60 compõem, em última análise, garantias constitucionais definidas por seu conteúdo material e circunscritas a duas acepções fundamentais, segundo percebeu e teorizou o nosso insigne Rui Barbosa: uma menos ampla, outra mais ampla; a primeira entendendo com os direitos e garantias individuais, a segunda com a separação de Poderes, ambas, porém, gravitando ao redor do mesmo pólo: a liberdade.

Com inexcedível evidência e exemplar concisão, Rui, arrimado em constitucionalistas do grêmio liberal cujos conceitos reproduz, assim qualifica aquela expressão na acepção menos lata:

"Garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa Lei Fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nele se contemplam a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade. Tudo o que a essa região

toca, se inscreve sob o domínio das garantias constitucionais, no sentido mais ordinário desta locução.

"Um texto da Constituição atual, por exemplo, aboliu a pena de morte. Outro, as galés e o banimento. São, inegavelmente, outras tantas garantias constitucionais. Ao abrigo destas como das outras, se acha a nossa personalidade, a nossa humanidade, a nossa existência mesma, contra os impulsos dos governos violentos."[118]

Em 1898 o mesmo Rui, escrevendo sobre a "Exegese do Estado de sítio", antes, portanto, do discurso sobre a anistia, de 5 de agosto de 1905, onde expressou aquele conceito, já se manifestara nesse teor acerca do significado menos dilatado daquelas garantias:

"Garantias constitucionais, com efeito, que vêm a ser? Não daremos nós a definição. Iremos pedi-la a palavra autorizada. Citaremos um mestre. Citaremos, não por gosto nosso, como por aí se finge crer, mas por necessidade; porque entre nós não queremos dizer que tudo se ignore, mas tudo se nega, tudo se duvida, tudo se baralha, tudo se inverte. Arangio Ruiz, uma das autoridades de primeira grandeza na esplêndida constelação dos escritores políticos italianos, publicou acerca das garantias constitucionais, com este título, uma obra *ex professo*. E eis como ele ali as caracteriza: '*garantias constitucionais* comumente se chamam as franquezas, que a Constituição costuma conceder aos indivíduos, como a sua igualdade perante a lei, a liberdade individual, a de imprensa, a do ensino, a de reunião e associação, a inviolabilidade do domicílio e da propriedade'."[119]

Tocante à segunda acepção de *garantias constitucionais*, de teor mais largo, disse o notável publicista: "Sob o título de garantias constitucionais compreende a ciência, por outro lado, com a mesma justeza de linguagem, a organização dos poderes públicos graças à combinação que os divide, que os harmoniza, que os contrapesa; uns aos outros se limitam, se moderam, se coíbem no seio da ordem jurídica, tranqüilizando, mediante esta ação recíproca, os cidadãos contra os arbítrios, os excessos, os crimes da autoridade (...). Garantias constitucionais vêm a ser, por conseguinte, acima de tudo, as providências que na Constituição se destinam a manter os poderes públicos no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas.

118. Rui Barbosa, *Tribuna Parlamentar – República*, III, p. 60.

119. Rui Barbosa, *A Imprensa*, v. XXV, t. 1/140, e G. Arangio Ruiz, *Delle Guarentegie Costituzionali*, v. I/XI.

Dizemos então *garantias constitucionais* no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição".[120]

Com efeito, é nessa acepção que Rui, apoiado na obra de Arangio Ruiz, assevera que este, noutro lugar, "adotando as palavras do célebre professor Luigi Palma a tal respeito, no seu *Curso de Direito Constitucional*", afirma: "A verdadeira garantia constitucional está *na organização política e administrativa*, a saber, *na própria organização dos poderes públicos*, gizada de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer na ordem jurídica, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos e reparar-lhe os agravos sofridos". Se se refletir um momento, ver-se-á, continua Arangio Ruiz, "que esta é a verdadeira liberdade, a verdadeira garantia. (...). Nas Constituições mecânicas como a nossa, as garantias propriamente ditas nascem primordialmente da organização política e administrativa".[121]

A síntese mais formosa e lapidar dessas duas acepções de garantias constitucionais ficou gravada teoricamente em bronze verbal no axioma do n. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde se lê: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não se acha assegurada nem a separação de Poderes estabelecida não tem Constituição" ("Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs determinée, n'a point de Constitution").

Sociedade sem Constituição é sociedade sem liberdade. Logo se infere que a garantia dos direitos e a separação de Poderes são as duas colunas mestras de amparo dessa liberdade, qual a exercita o modelo de Estado constitucional mais em voga nos países do Ocidente.

As garantias constitucionais formuladas nas duas acepções já vistas se completam, não se excluem. Mas demandam, sobretudo a primeira, um suplemento, que não chega, todavia, pelo seu conteúdo, a inculcar um raio de autonomia em ordem a legitimar o reconhecimento de uma terceira acepção de garantias constitucionais.

Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o

120. Rui Barbosa, *Tribuna Parlamentar – República*, cit., p. 61.
121. Rui Barbosa, *A Imprensa*, cit., pp. 140/141.

teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.

Estes não formam, contudo, consoante abreviadamente já antecipamos, uma terceira e distinta categoria de garantias constitucionais que se devesse acrescentar àquelas duas acima enunciadas pela reflexão jurídica dos autores clássicos que formavam a falange do pensamento constitucional na idade do liberalismo. Mas se incorporam por inteiro à primeira acepção e conceitualmente lhe dilatam o sentido.

A partir daqui nos arredamos, pois, daquela interpretação dos direitos fundamentais em nossa Constituição, que, tocante ao § 4º do art. 60, considera a cláusula pétrea aplicável unicamente aos direitos e garantias da tradição liberal.

Com isso ingressamos na segunda resposta hermenêutica ao problema inicialmente colocado acerca da latitude e densidade normativa da expressão "direitos e garantias individuais", em face dos direitos sociais. Segue-se agora a argumentação interpretativa que no campo da doutrina se nos afigura a mais correta e jurídica.

Faz-se mister, em primeiro lugar, perante as reflexões expendidas, rejeitar, por anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base unicamente nos valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal. Já não é possível confinar a formulação material e concreta da liberdade ao usufruto das classes privilegiadas e sua ordem egocêntrica de interesses.

Coloca-se, portanto, fora de seu tempo e da realidade vigente que nos circunda a doutrina hermenêutica que encara aqueles direitos e garantias tão-somente pelo prisma do passado, segundo um quadro de idéias apartado por inteiro do sentimento constitucional de nossa época.

No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art. 6º da Constituição, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma disposta pelo texto constitucional. Tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade.

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se

os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua invio-lável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais "a Sociedade livre, justa e solidária", contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos *principiais* já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.

Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição.

Demais disso, não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que tange à liberdade, ambas as

modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado social de Direito. É por essa ótica – a dignidade da pessoa humana – que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.

Demais, uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais.

Conforme já vimos, o dispositivo não pode ficar circunscrito aos direitos da versão liberal. Até mesmo o constituinte de 1791 em França, ao trasladar para o texto da primeira Constituição revolucionária a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não eliminou do n. 16 da Declaração o termo "garantia dos direitos" nem, tampouco, o modificou, qualificando-lhe o sentido em direção restritiva, precisamente, supomos, por querer conservar o seu teor de generalidade e correspondência com a natureza do ser humano, de sua dignidade e liberdade.

A deficiência no estabelecer a garantia dos direitos sociais, desaparelhados de instrumentos como o *habeas corpus* ou o amparo, já tradicionais e enraizados na doutrina, na consciência jurídica, na práxis e na jurisprudência dos tribunais e que na América Latina foram postos à disposição dos direitos individuais de caráter subjetivo do modelo clássico, ou seja, aquele da tradição liberal e jusprivatista, talvez responda em grande parte pelo descoroçoamento numa proteção mais forte dos chamados direitos da segunda dimensão ou geração.

É de assinalar que aqui intervém de necessidade a hermenêutica constitucional em socorro de tais direitos, para fazê-los realmente cumpridos ou levados a sério em ordenamentos onde os postulados de justiça e igualdade ainda não possuem mecanismos suficientes de concretização.

Sugestão, a nosso ver, feliz e originalíssima com que preencher tão sentida lacuna na garantia dos direitos sociais e extirpar, de todo, o teor programático que o entendimento de alguns intérpretes da Constituição ainda atribui àqueles direitos partiu do jurista rio-grandense-do-norte Paulo Lôpo Saraiva. Com efeito, propôs esse eminente publicista a criação de um mandado de garantia social, que seria conquista de irretorquível relevância nas regiões constitucionais onde se há de concretizar com mais vigor a proteção dos direitos sociais. Incomparavelmente superior ao malogrado instituto da inconstitucionalidade por omissão, conforme certifica a experiência nacional.[122]

Em verdade, para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa de ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia *jurídica* e a garantia *econômica*; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal entendia, dogmaticamente, que bastava a garantia jurídica, não havendo necessidade da garantia econômica, porquanto esta já fora proporcionada pelo sistema mesmo de regulação de bens da sociedade burguesa, que fazia, assim, da abstenção intervencionista um artigo de fé, talvez o cânone mais festejado de seu Estado de Direito.

Mas não só a ausência de meios processuais se há invocado para declarar inferior e secundária a garantia dos direitos de segunda geração no corpo normativo dos ordenamentos constitucionais, senão também o caráter de prestação que da parte do Estado eles forçosamente assumem, caindo, por conseguinte, de certo modo num estado de dependência da vontade estatal. Não raro, esta os descumpre no âmbito da Lei Maior em virtude de uma alegada limitação de recursos e disponibilidades materiais.

Fatores econômicos objetivos e reais seriam, portanto, decisivos para concretizá-los. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam.

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda

122. Paulo Lôpo Saraiva, *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, 1983.

inteligência restritiva da locução jurídica "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

De último, cumpre condensar e resumir numa configuração objetiva esse ponto de vista hermenêutico acerca do assunto, sobre o qual já se fez exaustiva análise, posto que em bases tão-somente teóricas.

Se não, vejamos.

Instalado um pleito com sede nos artigos da Lei Maior, pleito em que se questionem as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material com que concretizar direitos sociais, não pode a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa, exonerar-se – debaixo daquele pretexto e alegativa – da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema.

Todavia, diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda ao tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal na esfera respectiva dos três ramos da soberania o emprego do princípio da proporcionalidade.

Por obra deste, mediante ponderação de interesses e exame de elementos de necessidade e adequação, recresce a margem de possibilidade de lograr-se uma solução jurídica compatível com os ditames do Estatuto Fundamental que governa o ordenamento jurídico.

Em hipótese alguma admitir-se-á, todavia, o sacrifício, o desprezo e a destruição da medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos.

Não podem, enfim, ser varridas da Constituição garantias que selam o pacto social extraído de vontade constituinte inviolável, cujo abrigo é precisamente o § 4º do art. 60 da Constituição da República. Tal aconteceria com a matéria dos direitos sociais que ali cabem caso a jurisprudência dos tribunais não faça prevalecer o segundo entendimento da expressão "direitos e garantias individuais", qual o expusemos, em termos que se nos afiguram os da melhor doutrina possível de construir-se, por via hermenêutica, acerca de tema tão relevante e crucial. De tal sorte que, preservada a sua intangibilidade constitucional, a garantia social se concretize prioritariamente na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal. Não servem os limites desta, portanto, de argumento com que excluir os direitos sociais da proteção que lhes confere a sobredita intangibilidade.

Diante do exposto, urge, em seguida, recapitular que não é possível circunscrever, portanto, ao *status negativus* o conceito de direitos fundamentais, como faziam os constitucionalistas clássicos e, por derradeiro, em larga escala, os autores da Lei Fundamental de Bonn. Estes, preconcebidamente, descartaram a linha objetiva, cujo começo fora traçado, com rudeza, pelos constituintes de Weimar.

Concepção tão apertada e sem horizontes perdeu já suas raízes históricas. Desde muito não se compadece com a dimensão objetiva que os direitos fundamentais, passando por uma reforma substancial de conceito, assumem, em esfera onde já não prepondera inabalável como outrora o subjetivismo constitucional dos direitos individuais.

O Tribunal de Karlsruhe, na Alemanha, célebre pela incoerência não rara de seus acórdãos, entretecidos de recuos e vacilações, chegou a considerar, como lembra Starck, que os direitos fundamentais não têm somente a qualidade de direitos subjetivos, mas se revestem, por igual, da qualidade de direito objetivo, do qual podem decorrer direitos a uma prestação positiva.[123]

A dimensão objetiva reflete ainda hoje de certo modo o influxo positivo da teoria do *status* de Jellinek, cuja visão precursora e admirável desdobrara, estruturalmente, a relação entre o indivíduo e o Estado numa seqüência de três *status* consecutivos: o *status negativus*, onde ficam os direitos individuais que postulam a abstenção do Estado e vêem neste tão-somente o *negativum* da liberdade, segundo reminiscências filosóficas e jurídicas do kantismo; o *status activus*, onde se aloja o princípio participativo da cidadania na vontade de governo, inserindo-se o Estado num processo que o submete paulatinamente à jurisdição, domínio e controle do cidadão sufragante, e, de último, o *status positivus*, que atende à demanda de prestações com que o poder cria os pressupostos materiais ao exercício da própria liberdade, doravante concebida em termos concretos e não meramente abstratos e formais.

Considerado de maneira mais explícita, o *status positivus* é o reino das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, deste recebe as prestações mediante as quais o Estado constrói socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva.

Reprovável, por conseguinte, é, a nosso ver, a posição dos juristas que continuam negando a possibilidade de derivar, por via de interpretação, os direitos sociais dos chamados direitos clássicos.

123. C. Starck, "La jurisprudence de la Cour Constitutionelle Fédérale concernant les droits fondamentaux", *RDP*, p. 1.279.

Em rigor, o que se pretende é menos uma derivação do que uma equiparação. Esta, sim, admissível em toda a linha para dar-lhes a mesma força normativa. Equivalência, contudo, ainda impugnada sem razão por quantos entendem, como Christian Starck, não ser possível assimilar os direitos sociais aos direitos individuais. Para tanto, formulam as seguintes objeções: primeiro, o suposto teor de indeterminação daqueles direitos, ou seja, não seriam eles bastante "claros, determinados e definidos" para fundamentar a pretensão da prestação a ser ministrada pelo Estado; depois, a aparente verificação de que só os objetos de pretensão dos direitos clássicos ostentam clareza, uma vez que tem por princípio a liberdade, e a liberdade não precisa da ação coadjutora e complementar do legislador para definir-lhe o significado; a seguir, a escassez ou limitação de meios financeiros com que fazer eficaz a prestação positiva do Estado, e, de último, a frouxidão de garantias desses direitos, aos quais não assistem mecanismos processuais de proteção imediata, comparáveis àqueles que circundam os direitos do *status negativus*.[124]

Afiguram-se-nos, todavia, tais objeções em grande parte inaceitáveis; algumas vazadas em argumentos que o tempo, a cultura jurídica e o aperfeiçoamento da ordem normativa logo dissolverão.

Não obstante, condensam e projetam elas sombras que o sistema constitucional calcado sobre a hegemonia normativa dos princípios, de último, espancou, por inteiro, fazendo justiciáveis, em toda a latitude, os direitos da segunda geração.

Não só justiciáveis, mas providos, no ordenamento constitucional do País, daquela garantia suprema de rigidez do § 4º do art. 60, consoante razões interpretativas já bastantemente expendidas em outros lugares da exposição vertente.

124. C. Starck, ob. cit., pp. 1.279/1.280.

Capítulo 18

A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O BALANÇO DAS MUDANÇAS INTRODUZIDAS

1. A reforma constitucional. 2. A reforma constitucional pela via excepcional da revisão (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): A) A instalação do Congresso Revisor. B) As causas determinantes do malogro da revisão. C) As reformas empreendidas pelo Congresso Revisor. D) A ilegitimidade da revisão. 3. A revisão pela via normal de emenda (art. 60 da Constituição Federal): A) O primeiro ciclo de emendas. B) O segundo ciclo de emendas. C) O caráter privatista e desnacionalizador das cinco emendas já promulgadas no segundo ciclo da reforma. 4. O prosseguimento da reforma. 5. A lentidão das emendas. 6. A emenda da reeleição e outras emendas. 7. A crise da Constituição.

1. A reforma constitucional

A reforma da Constituição brasileira de 1988 – A Constituição Coragem, assim batizada em "Prefácio" que se nos afigura um fato inédito na história constitucional de todos os povos – reparte-se em duas distintas fases: a) a da revisão propriamente dita, já concluída e que transcorreu com base no polêmico art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e b) a das emendas normais, que ainda prossegue, com fundamento no art. 60 do corpo permanente da Constituição. De ambas nos ocuparemos a seguir.

2. A reforma constitucional pela via excepcional da revisão (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)

A reforma constitucional pela via revisora teve princípio em outubro de 1993 e terminou em 31 de maio de 1994.

Durante cerca de oito meses o Congresso Revisor cumpriu um acidentado percurso, ao longo do qual desconfianças, divergências, ressentimentos, rivalidades, falta de coordenação, desinteresse e apatia marcaram o comportamento da maioria situacionista. De tal sorte que, ao cabo da

revisão, não pôde o Governo – principal artífice do processo – forrar-se a um fracasso retumbante: logrou aprovar apenas seis emendas naquele Colégio constituinte de segundo grau, cuja convocação fora, aliás, impugnada por uma importante corrente doutrinária, que, interpretando o texto constitucional, não aceitava a revisão desvinculada do conteúdo material do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Celebrado, porém, o plebiscito de 21 de abril de 1993, com resposta favorável à República e ao Presidencialismo, não havia, segundo esse entendimento, revisão que fazer. A revisão caberia unicamente caso o País houvesse adotado a Monarquia ou o Parlamentarismo, porquanto o novo modelo institucional exigiria providências indispensáveis de adequação à Lei Maior.

A) A instalação do Congresso Revisor

Marcada a instalação do Congresso de Revisão para 6 de outubro de 1988, data em que haviam decorrido, já, a contar da promulgação da Constituição – ocorrida em 5 de outubro de 1988 –, os cinco anos após os quais se realizaria a revisão, de acordo com o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aconteceram, todavia, fatos imprevistos determinando um ligeiro adiamento na inauguração dos trabalhos. Com efeito, as medidas para a fixação daquela data haviam sido tomadas em duas sessões do Congresso Nacional: uma realizada a 22 de setembro de 1993, outra a 29 do mesmo mês. Durante a primeira fez-se a leitura do projeto de resolução fixando o começo em 6 de outubro; na segunda aprovou-se esse projeto.

Ocorre, porém, que quatro partidos de Oposição – o Partido Socialista Brasileiro, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Comunista do Brasil e o Partido Democrático Trabalhista – impetraram, no dia 23 de setembro de 1993, mandado de segurança contra o ato convocatório da revisão, alegando que o Presidente do Congresso Nacional, ao abrir a sessão do dia 22, para dar início à tramitação do projeto de resolução sobre a data de instalação do Colégio revisor, o fizera com infração do Regimento Interno da Casa, o qual determinava o princípio dos seus trabalhos com a presença em Plenário de pelo menos 84 deputados e 14 senadores, um *quorum* que não fora atingido e que o Presidente não respeitara.

Louvando-se em "falhas técnicas", colhidas de "notas taquigráficas e documentos recebidos",[1] conforme declarou à imprensa, na época, o

1. Entrevista concedida à *Folha de S. Paulo* pelo Min. Marco Aurélio e estampada na edição desse diário de 6 de outubro de 1993.

Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, sem consultar seus Colegas, concedeu liminar, suspendendo o começo da revisão constitucional, e por esse despacho anulou a sessão contestada. Provocou a liminar imediato mal-estar e estremecimento nas relações entre o Legislativo e o Judiciário. Antes, porém, que a crise entre os dois Poderes estalasse em proporções imprevisíveis, decorridas menos de 48 horas do despacho controvertido, já o Plenário do Supremo Tribunal Federal derrubava o ato de seu Ministro, debelando a crise e restaurando a normalidade do processo de revisão.

Ultrapassado esse episódio, o Congresso de Revisão instalou seus trabalhos em 13 de outubro de 1993, sob a presidência do Sen. Humberto Lucena, tendo por Relator o Dep. Nélson Jobim. Ao decurso da revisão, o Relator exarou 74 pareceres, segundo dados estatísticos estampados pela imprensa por ocasião do encerramento do Congresso. Revelam esses dados, também, que em 47 das 79 reuniões do órgão revisor não houve deliberação, sendo, por conseguinte, freqüentes e constrangedoras as ocasiões em que faltou *quorum* para votar as emendas.[2]

De outubro de 1993 a maio de 1994, ao Congresso Revisor foram apresentadas 17.246 propostas de emenda, mas até a data em que terminou a revisão apenas uma havia sido promulgada – a do Fundo Social de Emergência – e 12 rejeitadas. Cinco outras emendas, já votadas e aprovadas nos dois turnos regimentais, acabaram sendo promulgadas em sessão solene convocada pelo Presidente do Congresso, celebrada em 8 de junho de 1994.

Reuniu-se o Congresso Revisor durante oito meses. Realizou 79 sessões e teve, de certo modo, um fim melancólico. Não logrou levar a cabo na amplitude desejada pelo Governo as reformas por este intentadas para fazer da Constituição, segundo o discurso oficial, o instrumento da "governabilidade" do País.

B) As causas determinantes do malogro da revisão

O malogro da revisão deve-se, segundo opinião e análise de alguns observadores e cientistas políticos, a um concurso de fatores que, direta ou indiretamente, afetaram o labor do constituinte revisor.

Enumeram-se, entre outras causas, o escândalo do Orçamento da República, que determinou falta de *quorum* e deserção de comparecimento de inumeráveis deputados e senadores às sessões do órgão revisor; a

2. V. *Jornal do Brasil*, ed. de 1º de janeiro de 1994.

par disso, o afrouxamento do interesse e da fiscalização da opinião pública sobre o processo de mudança constitucional. As atenções gerais concentravam-se quase por inteiro no acompanhamento das investigações desenvolvidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito que devassava a autoria e cumplicidade parlamentar na malversação e desvio de recursos financeiros da linha orçamentária (o caso da chamada corrupção dos "sete anões").

A seguir, aponta-se também a contumaz ausência de deputados e senadores às sessões, uma espécie de desídia parlamentar. Os revisores em geral não compareciam às reuniões de começo e fim de semana. Ficava, assim, a presença maciça de representantes para preencher o *quorum* regimental circunscrita tão-somente às terças, quartas e quintas-feiras, o que prejudicou sobremodo a execução da tarefa revisora. Haja vista, a esse respeito, que com menos de 293 votos não era possível aprovar nenhuma matéria de reforma.

Demais, finda a CPI do Orçamento, a sociedade voltou-se quase toda para as expectativas suscitadas pela discussão do modelo econômico que conduziu à introdução do Real, a moeda nova destinada a combater uma inflação devastadora e galopante cuja iminência punha já em sobressalto o País.

Não menos relevante para desestabilizar e arrefecer a revisão foi o fato de que, após a CPI do Orçamento, as atenções da sociedade volveram-se, na sua imensa maioria, para o debate suscitado pela fermentação política que no âmbito dos partidos parecia prestes a desencadear a campanha sucessória. A efervescência era de tal ordem que paralisava tanto o ânimo revisionista das lideranças partidárias como dos congressistas em sua maioria, os quais se dirigiam pressurosos às suas bases, empenhados na renovação dos respectivos mandatos, caindo, em conseqüência, a assiduidade às sessões do Congresso.

De último, a obstrução oposicionista, que compensava a inferioridade numérica de seus quadros com a disposição enérgica e tenaz de barrar por todas as formas imagináveis a onda revisionista, tem sido apontada como uma das armas ofensivas que arruinaram o projeto de revisão. Tanto que, debaixo desse fogo e de pressões sociais não desprezíveis, a maioria, decorridas as primeiras semanas de trabalho, já vacilava, trôpega e desorientada, expondo perante a Nação a debilidade de suas forças e a incerteza de seus rumos.

A última sessão do Congresso Revisor, celebrada em 31 de maio de 1994, foi uma espécie de funeral das reformas constitucionais patrocinadas por um Governo em fim de mandato, tamanhas a tibieza e frustra-

ção dos resultados alcançados. Mais uma vez, naquela noite de 31 de maio, prevaleceram a incompetência e a incapacidade das lideranças revisionistas. O Relator fez, em vão, uma derradeira diligência no sentido de aprovar emenda que ressuscitasse a revisão no ano seguinte e, ao mesmo passo, estabelecesse reformas a cada 10 anos; era a chamada abertura de uma "janela para o futuro".

Até mesmo os partidos de Oposição concordaram em não obstruir essa proposta do Relator; mas ela veio demasiado tarde: as lideranças conseguiram colocar em Plenário apenas 277 congressistas. Estava decretado o fim da revisão.

A corrente reformista da Constituição entrou em recesso depois do fracasso de 31 de maio de 1994; a sorte da reforma ficava, assim, entregue às urnas de outubro, onde Oposição e Governo iriam medir suas forças e eleger um novo Congresso.

C) As reformas empreendidas pelo Congresso Revisor

O Congresso de Revisão aprovou seis emendas introduzindo mudanças na Constituição, das quais a mais importante era, do ponto de vista das correntes conservadoras, a da fixação do mandato presidencial em quatro anos, fruto de um temor silencioso das elites governantes, que encaravam com apreensão a provável ascensão das esquerdas ao poder. Esse temor derivava sobretudo da candidatura presidencial do PT, solidamente hegemônica nas pesquisas de opinião; um quadro que só se reverteu posteriormente, com muita surpresa. E a reversão deu-se por efeito do bom êxito logrado pela introdução do Real, que estancou a inflação e fê-la descer logo a níveis consideravelmente baixos, proporcionando, assim, condições ao Presidente da República em exercício para eleger, sem maiores dificuldades, seu sucessor, o que ocorreu já no primeiro turno.

Vejamos, a seguir, o perfil dessas emendas.

A Emenda Constitucional de Revisão n. 1, promulgada em 1º de março de 1994, instituiu o Fundo Social de Emergência, relativo aos exercícios de 1994 e 1995, com o objetivo de "saneamento da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica".

Na aprovação dessa Emenda, mediante a qual o Governo Federal buscava recursos para aplicá-los sobretudo em programas de saúde e educação, dentro do plano do então Ministro da Fazenda e futuro candidato presidencial, o Governo empenhou toda sua força política no Congresso Revisor. Mas omitiu-se depois, quando outras matérias entraram em pauta de votação, conforme lastimavam membros das próprias fileiras situacionistas com atuação naquele Colegiado.

As demais Emendas Constitucionais de Revisão, em número de cinco, foram promulgadas todas no dia 7 de junho de 1994.

A Emenda de Revisão n. 2 permite à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal ou a qualquer de suas Comissões convocar para prestação de informações, além de Ministros de Estado – aos quais se circunscrevia até então a permissão legislada –, quaisquer titulares de órgãos subordinados diretamente à Presidência da República. Não havendo justificação adequada para o não comparecimento, a ausência importará crime de responsabilidade.

A Emenda de Revisão n. 3 consente a dupla nacionalidade, ou seja: o brasileiro que residir em Estado estrangeiro conservará a nacionalidade, ficando, assim, isento da regra do inciso II do § 4º do art. 12, quando a norma daquele país lhe impuser a naturalização, como condição para a permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

A mesma Emenda alargou em favor de estrangeiros que vivem no Brasil as facilidades de aquisição da nossa nacionalidade, ou seja, reduziu de 30 para 15 anos de residência ininterrupta neste País o prazo constitucional de requerimento da nacionalidade brasileira, por naturalização, para estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes no Brasil.

A Emenda de Revisão n. 4 reforçou, com acréscimos, a proteção constitucional contra a influência e os abusos do poder econômico ao estatuir que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade tendo em vista proteger a "probidade administrativa" e "a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato".

A Emenda de Revisão n. 5 substituiu, no art. 82, a expressão "cinco anos" por "quatro anos", reduzindo, assim, em um ano o mandato do Presidente da República. Foi, como assinalamos, um casuísmo, sujeito, ainda, a nova modificação, conforme se infere das articulações em curso conduzidas pelas hostes situacionistas, que já manifestaram a propensão de reformar, nesse ponto, a própria reforma, ou seja, permitir a reeleição presidencial, inovação de conseqüências provavelmente gravíssimas para o País e que, a nosso ver, poderá perpetuar o poder das oligarquias já instaladas no Governo, como foi o caso do México.

Demais disso, no estado presente de nossa cultura política, os meios oficiais de pressão por todas as vias, inclusive as oblíquas, serão incontroláveis, privilegiando com o uso do aparelho estatal os governantes, candidatos à sua própria sucessão. Não haveria, na realidade, como obs-

tar a esse emprego indevido da máquina administrativa, dócil às manipulações eleitorais em proveito das candidaturas oficiais.

Enfim, a Emenda de Revisão n. 6. Com esta, o parlamentar submetido a processo de que venha a resultar perda de mandato já não poderá, mediante renúncia, evitar a punição. Dispõe a Emenda que a renúncia fica com seus efeitos suspensos até as deliberações finais do processo, deliberações relacionadas com a matéria contida nos §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição.

A Emenda provavelmente inspirou-se em fatos ocorridos durante a CPI do Orçamento, envolvendo membros do Congresso Nacional.

D) A ilegitimidade da revisão

Teve o Congresso Revisor uma gestação de oito meses, redundando nisto: um autêntico parto da montanha, uma reforminha, de teor casuístico, que pouca ou nenhuma densidade trouxe ao aperfeiçoamento da Lei Maior.

A missão desse Colégio constituinte revisor ateve-se às limitações de competência inerentes ao constituinte de segundo grau. Mas padeceu de uma grave carência de legitimidade, oriunda do próprio preceito do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que mandava fazer a votação das propostas pela maioria absoluta dos membros do Congresso, em sessão unicameral, afrouxando, assim, a rigidez da garantia constitucional dos três quintos de votos dos membros das duas Casas do Congresso, estabelecida para a votação das emendas constitucionais, e prevista no § 2º do art. 60 da Constituição. A regra infeliz da disposição transitória mutilava, com o Congresso unicameral, uma garantia federativa do nosso sistema, cristalizada na paridade representativa dos dois ramos do Legislativo, diminuindo, desse modo, o peso sufragante dos senadores nas deliberações da assembléia revisora.

3. *A reforma pela via normal de emenda (art. 60 da Constituição Federal)*

Essa modalidade de reforma – que nós assim a denominamos tão-somente para distingui-la daquela que há pouco relatamos, feita pela via revisional e de caráter transitório – acha-se radicada no art. 60 da Constituição, sendo o processo normal e permanente de efetuar a mudança constitucional em nosso ordenamento.

Sua aplicação já resultou, até o presente, em nove emendas, das quais as quatro primeiras ocorreram em período anterior à instalação do

Congresso Revisor e as demais foram votadas e promulgadas depois desse Congresso, já sob a inspiração da vitória dos partidos governistas no pleito eleitoral de outubro de 1994, em que se elegeu o novo Presidente e se renovaram as bancadas parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Consolidou-se nessas eleições a base congressual do Governo, disposto, doravante, a concretizar as reformas que ficaram interrompidas com o malogro da assembléia revisora unicameral, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Governo, desde as eleições de outubro de 1994, perdeu o medo de fazer as reformas pelo mecanismo normal da emenda, que se move no âmbito das estipulações do art. 60 da Constituição Federal e das regras regimentais traçadas pelo Congresso.[3]

3. São as seguintes as regras vigentes estabelecidas no Regimento Interno do Senado Federal para efeito de tramitação da proposta de emenda à Constituição:

"Art. 354. A proposta de emenda à Constituição apresentada ao Senado será discutida e votada em dois turnos, considerando-se aprovada, se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros da Casa.

"§ 1º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

"I – a forma federativa de Estado;

"II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

"III – a separação dos Poderes;

"IV – os direitos e garantias individuais.

"§ 2º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sitio.

"Art. 355. A proposta será lida na Hora do Expediente, publicada no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos, para distribuição aos senadores.

"Art. 356. A proposta será despachada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que terá prazo de até 30 dias, contado da data do despacho da Presidência, para emitir parecer. (Resolução n. 89/92)

"Parágrafo único. O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que concluir pela apresentação de emenda deverá conter assinaturas de senadores que, complementando as dos membros da Comissão, compreendam, no mínimo, 1/3 dos membros do Senado.

"Art. 357. Cinco dias após a publicação do parecer no *Diário do Congresso Nacional* e sua distribuição em avulsos, a matéria poderá ser incluída em Ordem do Dia.

"Art. 358. Decorrido o prazo de que trata o art. 356 sem que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania haja proferido parecer, a proposta de emenda à Constituição será incluída em Ordem do Dia, para discussão, em primeiro turno, durante cinco sessões ordinárias consecutivas. (Resolução n. 89/92)

"§ 1º. O parecer será proferido oralmente, em Plenário, por relator designado pelo Presidente.

"§ 2º. Durante a discussão poderão ser oferecidas emendas assinadas por, no mínimo, 1/3 dos membros do Senado, desde que guardem relação direta e imediata com a matéria tratada na proposta.

A) O primeiro ciclo de emendas

As quatro primeiras Emendas pertencem, portanto, a um momento em que todas as expectativas de mudança mais profunda do texto cons-

"Art. 359. Para exame e parecer das emendas, é assegurado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o mesmo prazo estabelecido no art. 356. (Resolução n. 89/92)

"Art. 360. Lido o parecer na Hora do Expediente, publicado no *Diário do Congresso Nacional* e distribuído em avulsos com a proposta e as emendas, a matéria poderá ser incluída em Ordem do Dia.

"Art. 361. Esgotado o prazo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, proceder-se-á na forma do disposto no *caput* do art. 358 e em seu § 1º. (Resolução n. 89/92)

"§ 1º. Na sessão ordinária que se seguir à emissão do parecer, a proposta será incluída em Ordem do Dia para votação em primeiro turno.

"§ 2º. Somente serão admitidos requerimentos que objetivem a votação em separado de partes da proposta ou de emendas.

"§ 3º. A deliberação sobre a proposta, as emendas e as disposições destacadas para votação em separado será feita pelo processo nominal.

"Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco sessões ordinárias.

"Art. 363. Incluída a proposta em Ordem do Dia, para o segundo turno, será aberto o prazo de três sessões ordinárias para discussão, quando poderão ser oferecidas emendas que não envolvam o mérito.

"Art. 364. Encerrada a discussão, em segundo turno, com apresentação de emendas, a matéria voltará à comissão, para parecer em cinco dias improrrogáveis, após o quê será incluída em Ordem do Dia, em fase de votação.

"Art. 365. Aprovada, sem emendas, a proposta será remetida à Câmara dos Deputados. Emendada, será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que terá o prazo de três dias para oferecer a redação final.

"Art. 366. A redação final, apresentada à Mesa, será votada, com qualquer número, independentemente de publicação.

"Art. 367. Considera-se proposta nova o substitutivo da Câmara a proposta de iniciativa do Senado.

"Art. 368. Na revisão do Senado à proposta da Câmara aplicar-se-ão as normas estabelecidas neste título.

"Art. 369. Quando a aprovação da proposta for ultimada no Senado, será o fato comunicado à Câmara dos Deputados e convocada sessão para promulgação da emenda.

"Art. 370. (Revogado)

"Art. 371. É vedada a apresentação de proposta que objetive alterar dispositivos sem correlação direta entre si.

"Art. 372. Aplicam-se à tramitação da proposta, no que couber, as normas estabelecidas neste Regimento para as demais proposições.

"Art. 373. A matéria constante de proposta de emenda à Constituição rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."

titucional convergiam para a tarefa reformista, a ser encetada pelo futuro Colégio revisor, o qual dispunha de um feixe maior de facilidades constitucionais, estatuídas naquele artigo, para o eficaz desempenho de sua missão, ou seja, o voto menos qualificado da maioria absoluta dos

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por sua vez, fixou, nos arts. 201, 202 e 203, a seguir reproduzidos, o rito da tramitação da proposta de emenda à Constituição Federal na Câmara Baixa:

"Art. 201. A Câmara apreciará proposta de emenda à Constituição Federal:

"I – apresentada pela terça parte, no mínimo, dos deputados; pelo Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se cada uma pela maioria dos seus membros;

"II – desde que não se esteja na vigência de estado de defesa ou de estado de sítio e que não proponha a abolição da Federação, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais.

"Art. 202. A proposta de emenda à Constituição Federal será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer.

"§ 1º. Se inadmitida a proposta, poderá o autor, com o apoiamento de líderes que representem, no mínimo, 1/3 dos deputados, requerer a apreciação preliminar em Plenário.

"§ 2º. Admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de 40 sessões, a partir de sua constituição, para proferir parecer.

"§ 3º. Somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, com o mesmo *quorum* mínimo de assinaturas de deputados e nas condições referidas no inciso II do artigo anterior, nas primeiras 10 sessões do prazo que lhe está destinado para emitir parecer.

"§ 4º. O Relator ou a Comissão, em seu parecer, só poderá oferecer emenda ou substitutivo à proposta nas mesmas condições estabelecidas no inciso II do artigo precedente.

"§ 5º. Após a publicação do parecer e interstício de duas sessões, a proposta será incluída na Ordem do Dia.

"§ 6º. A proposta será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões.

"§ 7º. Será aprovada a proposta que obtiver, em ambos os turnos, 3/5 dos votos dos membros da Câmara dos Deputados, em votação nominal.

"§ 8º. Aplicam-se à proposta de emenda à Constituição Federal, no que não colidir com o estatuído neste artigo, as disposições regimentais relativas ao trâmite e apreciação dos projetos de lei.

"Art. 203. A proposta de emenda à Constituição Federal recebida do Senado Federal, bem como as emendas do Senado à proposta de emenda à Constituição Federal oriunda da Câmara, terá a mesma tramitação estabelecida no artigo precedente.

"Parágrafo único. Quando ultimada na Câmara a aprovação da proposta, será o fato comunicado ao Presidente do Senado e convocada sessão para promulgação da emenda."

membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral, em contraste, pois, com a rigidez maior imposta pelos requisitos do art. 60 da Constituição, que disciplinam a aprovação de emendas à Lei Maior.

A Emenda Constitucional n. 1, promulgada em 31 de março de 1992, dispôs sobre a remuneração dos deputados estaduais e dos vereadores e foi, posteriormente, alterada pela EC 19, de 1998.

A EC 2, promulgada em 22.8.1992 pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dispôs sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O plebiscito, destinado a definir a forma de governo – República ou Monarquia Constitucional – e o sistema de governo – Parlamentarismo ou Presidencialismo –, estava marcado no texto original para o dia 7 de setembro de 1993, mas foi antecipado pela Emenda para 21 de abril de 1993.

A Emenda também prescreveu que a forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito teriam vigência em 1º de janeiro de 1995. Criava essa regra um interstício de mais de um ano durante o qual, obviamente, haveria bastante tempo para tomar todas as providências de adequação, tanto legislativa como executiva, que se fizessem mister, caso houvesse mudança, já na forma, já no sistema de governo. Todavia, desde que o eleitorado, em sua resposta plebiscitária, mantivera a forma e o sistema vigentes (República e Presidencialismo), dizendo não ao Parlamentarismo e à Monarquia Constitucional, a utilização daquele prazo, não se fazendo necessária, perdeu sentido.

A EC 3, fez alterações em numerosos dispositivos da Constituição, contidos nos arts. 40, 102, 103, 150, 155, 156 e 160 da Carta Magna. Dispôs, sobretudo, acerca de aposentadorias e pensões dos servidores federais, bem como de matéria tributária, onde houve o maior volume de alterações introduzidas pelo constituinte da reforma.

Mas a inovação mais importante da Emenda Constitucional n. 3 consistiu na adoção de um novo instrumento jurídico de controle de constitucionalidade: a chamada ação direta de constitucionalidade. Esse instituto, inédito e deveras controverso nas regiões da doutrina, provocou entre juristas uma tempestade que ainda não amainou. O mais grave reparo de que tem sido alvo aquele mecanismo é o de que, alterando a jurisdição constitucional, o fizera no sentido negativo de tolher, de certo modo, o acesso à Justiça, abalando, assim, uma das garantias fundamentais de nosso ordenamento jurídico.[4]

4. A esse respeito escreve o Prof. Marcelo Figueiredo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: "As modificações (ou inserções) operadas pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993, tocam fundo em um dos pontos cruciais da Constituição: a jurisdição constitucional. Modifica-se a competência atribuída ao Poder Judiciário (Capítulo III, Seção II), criando-se nova ação. Este o tema central: alterou-se tema ligado à *jurisdição* e restringiu-se, como pretendemos demonstrar, em última análise, o acesso à Justiça, garantia fundamental, dentre outras repercussões importantes" ("Ação declaratória de constitucionalidade – Inovação infeliz e inconstitucional", in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, coord. de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, p. 157).

A EC 4 deu nova redação ao art. 16 da Constituição Federal, preceituando que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, substituindo, assim, o dispositivo antecedente, segundo o qual a lei que trouxesse tal alteração só entraria em vigor um ano após sua promulgação. Acrescenta, porém, a Emenda que a lei de alteração do processo eleitoral não se aplicará à eleição que ocorrer até um ano da data de sua vigência.

A EC 4 foi promulgada em 14.9.1993, encerrando, assim, o primeiro ciclo de reformas constitucionais anterior ao período das Emendas *revisoras* produzidas pelos constituintes do Colégio de revisão.

B) O segundo ciclo de emendas

Com a eleição do novo Presidente da República em 3 de outubro de 1994 e a renovação da composição das duas Casas do Congresso Nacional, onde os partidos do poder tiveram um surpreendente e maciço triunfo eleitoral, obtendo confortável maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o ímpeto da reforma constitucional recrudesceu. O Governo recobrava o alento perdido desde o malogro da reforma feita com base nas facilidades ministradas pelo art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja aplicação enfim se exauriu.

As correntes políticas do situacionismo, fortalecidas, pois, pelo novo *status quo* parlamentar, foram logo convocadas, por iniciativa do novo Governo, instalado em 1º de janeiro de 1995, para mergulhar fundo nas reformas neoliberais da ordem econômica, tributária, administrativa e social.

As chamadas reformas da "governabilidade", reputadas no Palácio do Planalto por essenciais ao plano de estabilização da economia e a uma definitiva consolidação da nova moeda – o Real –, valendo também por garantia contra o retorno da inflação, voltaram a agitar o debate político no âmbito da legislatura recém-inaugurada.

As forças de apoio ao Governo, compreendendo sobretudo uma coligação de três grandes partidos – o PSDB (Partido da Social-Democra-

cia Brasileira), o PFL (Partido da Frente Liberal) e o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) –, rearticularam-se no Congresso Nacional para outra vez intentar a efetivação das mudanças constitucionais propostas pelo Governo.

Normalmente, as hostes parlamentares governistas dispunham de suficiente maioria de congressistas – uma espécie quase de "rolo compressor" – para aprovar todas as medidas de reforma da Constituição solicitadas pelo Presidente da República.

Não obstante a certeza líquida da superioridade numérica, a lentidão do processo continuou, em razão de distintas causas, entre as quais é possível identificar desde a natureza mesma das matérias sujeitas a mudança, sobre as quais pairam dúvidas, escrúpulos e valores de consciência e ideologia, atuantes no âmbito dos parlamentares, a ponto de provocarem, não raro, consideráveis índices de defecção no apoio às projetadas reformas, até a cobiça clientelista e fisiológica de certas parcelas de representantes que são acusadas de transformar seu voto num artigo de transação política, fazendo a ética parlamentar descer a baixíssimos níveis de conservação.

As propostas de mudança nesse segundo ciclo de Emendas se concentravam basicamente numa temática legislativa volvida para reformas que buscam tocar com profundidade em alguns pontos cruciais do ordenamento estatal e da natureza funcional do regime.

Atente-se, por exemplo, em regras novas sobre abertura da economia, queda de monopólios estatais, definição de empresa brasileira, sistema financeiro, controle externo do Poder Judiciário, efeitos vinculantes dos arestos dos mais altos Tribunais, estabilidade do funcionalismo, sistema administrativo, sistema eleitoral, sistema previdenciário, reforma tributária, organização sindical. Alguns desses poderão provocar abalos gravíssimos na ordem econômica e social, na medida em que afetarem a própria esfera de garantia e proteção dos direitos individuais ou suscitarem, como suscitaram, debates polêmicos de constitucionalidade.

Passemos, a seguir, ligeira revista às Emendas desta segunda fase já promulgadas e que incorporaram algumas mudanças substanciais ao texto constitucional.

C) O caráter privatista e desnacionalizador das cinco emendas já promulgadas no segundo ciclo da reforma

A EC 5 pôs termo ao monopólio estatal da exploração e distribuição dos serviços locais de gás canalizado, permitindo, doravante, o estabelecimento do regime de concessão, cuja regulamentação se fará na forma da lei. Essa reserva legislativa é resguardada pela Emenda mesma, que veda a edição de medida provisória para a regulamentação do novo dispositivo constitucional.

De acordo com a redação diferente que se deu ao § 2º do art. 25 da Constituição Federal, cabe, portanto, aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. Teor da redação anterior, art. 25, § 2º, com grifos nossos: "Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a *empresa estatal com exclusividade de distribuição*, os serviços locais de gás canalizado".

A Emenda em apreço foi promulgada, como as demais que se seguem, na mesma data: 15 de agosto de 1995.

A EC 6 insere-se no esquema de desnacionalização da economia brasileira, fomentada pelo neoliberalismo instalado no poder.

Modificou ela o inciso IX do art. 170, que outorgava tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Doravante, os benefícios desse princípio da ordem econômica são estendidos a quaisquer empresas de pequeno porte, não fazendo diferença sejam elas de capital nacional ou de capital estrangeiro, desde que se constituam debaixo das leis brasileiras e tenham sede e administração no Brasil.

A mesma abertura à invasão do capital estrangeiro na economia do País reproduz-se com a modificação introduzida no § 1º do art. 176, que pode acarretar, de certo modo, uma eventual desnacionalização do subsolo e dos potenciais de energia hidráulica.

Com efeito, o texto constitucional emendado já não faz a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento do potencial energético das nossas águas serem atividade de "brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional", senão que, ao substituir tais expressões por estas outras – "brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" –, abriu as portas daquela exploração ao ingresso do capital estrangeiro, só restando aguardar o teor de garantias com que a lei regulamentadora possa ainda resguardar o interesse nacional.

A EC 8, por sua vez, não fugiu ao espírito que move o constituinte da reforma: o da remoção de todos os ingredientes nacionalistas da Lei Magna, em nome de uma abertura completa, e certamente inadvertida, da riqueza nacional aos capitais externos, absolvidos e legitimados nessa ocupação da economia brasileira com o argumento da globalização.

Essa Emenda n. 8 faz com as telecomunicações o que já se fez com a empresa brasileira, o monopólio estatal do petróleo, os recursos minerais, a navegação de cabotagem, conforme vimos: escancarar a janela ao capital alienígena.

Todas essas Emendas constitucionalizam a dependência do País, um crime que jamais a ditadura militar de 1964 ousou perpetrar, pois os seus generais-presidentes – faça-se-lhes justiça – eram quase todos nacionalistas. Aceito e aplaudido por algumas elites como o determinismo do fim do século XX, o neoliberalismo arvora a ideologia de sujeição, para coroar, como uma fatalidade, a abdicação, nos mercados globais, da independência econômica do País.

O inciso XI do art. 21 da Constituição Federal dispunha sobre a competência da União para explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. Com a Emenda caiu, porém, a exclusividade da concessão a essas empresas estatais na exploração daqueles serviços.

4. *O prosseguimento da reforma*

A reforma deflagrada no segundo ciclo corresponde, por inteiro, ao governo do Presidente da República cujo mandato terminou em 31.12.2002. Ela prosseguiu com vagar, e sua lentidão foi atribuída a distintas causas, dentre as quais avultam a falta de coordenação interna do processo, a frouxidão do apoio partidário, a fraqueza das lideranças parlamentares, a instabilidade no relacionamento do Governo com a coligação que lhe dá sustentação legislativa e, finalmente, o caráter extremamente delicado de algumas propostas governamentais, envolvendo graves riscos de lesão a garantias e direitos individuais, resguardados pelas cognominadas cláusulas pétreas da Constituição, e por isso mesmo suscetíveis de provocar protestos de importantes órgãos de opinião que refletem os profundos sentimentos da Sociedade.[5]

Foram freqüentes os obstáculos de natureza política levantados nas duas Casas do Congresso Nacional por insatisfações que lavravam nas

5. Todavia, tomando posição contrária aos que combatem as reformas, em artigo estampado na *Folha de S. Paulo*, edição de 10 de março de 1995, tendo por título "Constituição *versus* desconstitucionalização", o Vice-Presidente da República, Marco Maciel, asseverou que as mudanças que começavam a ser discutidas pelo Congresso Nacional, com base na proposta formulada pelo Executivo, não pretendiam "restringir direitos, anular conquistas ou debilitar as instituições".

fileiras partidárias e nos próprios arraiais majoritários da frente parlamentar, cujos líderes subscreveram as reformas. As mudanças, quase todas, foram sido conduzidas por iniciativa do autor do Plano Real, com base nos compromissos da plataforma de sua campanha eleitoral.

5. *A lentidão das emendas*

O ano de 1995 acrescentou às Emendas já referidas a de n. 9, promulgada em 9 de novembro. Deu-se, aí, nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos sobre matéria constitutiva do monopólio da União, nomeadamente no que toca ao petróleo, gás natural, minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Durante todo o ano de 1996 a atividade reformista do Congresso se cingiu à promulgação tão-somente de seis emendas constitucionais.

Destas, a de n. 10, datada em 4 de março, alterou os arts. 71 e 72 do "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias", introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. Restaurou essa Emenda o Fundo Social de Emergência – cujo prazo de vigência já expirara –, tornando-o extensivo ao período compreendido entre 1º janeiro de 1996 e 30 de junho de 1997.

A EC 11, de 30.4.1996, consente que professores, técnicos e cientistas estrangeiros sejam admitidos às universidades brasileiras, ao mesmo passo que confere autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

A EC 12, de 15.8.1996, uma das mais polêmicas dentre quantas de último foram promulgadas, confere à União o poder de instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

A EC 13, de 21.8.1996, relativa ao Sistema Financeiro Nacional, deu redação diferente, de inspiração privatizante, ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal, quando trata do resseguro. A cláusula final desse inciso já não se refere a "órgão oficial fiscalizador" e "órgão oficial ressegurador", mas tão-somente a "órgão fiscalizador".

A EC 14, de 12.9.1996, modificou vários artigos da Constituição Federal – a saber, os de ns. 34, 208, 211 e 212 –, bem como deu nova redação ao art. 60 do "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

Gravita essa Emenda basicamente ao redor do ensino, alargando e reforçando a posição da União a esse respeito, ao mesmo passo que reservou aos Estados e ao Distrito Federal uma atuação prioritária na esfera do ensino fundamental e médio.

A EC 15, de 12.9.1996, entende com a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios. Posto que se façam ainda por lei estadual, o período em que ocorrerá o processo para atingir os sobreditos fins será determinado por lei complementar federal, e não mais por lei complementar estadual, criando-se, outrossim, uma exigência pré-plebiscitária de "divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal apresentados e publicados na forma da lei".

Com efeito, a Emenda, fundada em certa maneira no propósito de pôr um dique à proliferação de Municípios no ordenamento federativo do País, parece não haver alcançado tal objetivo, porquanto os freios constitucionais ali estabelecidos nesse tocante, segundo se depreende, não corresponderam às expectativas dos fautores da reforma.

6. *A emenda da reeleição e outras emendas*

Em suma, as reformas da Constituição continuaram a tramitar nas duas Casas do Congresso Nacional em ritmo de extrema lentidão, suscitando reparos que envolvem tanto o Legislativo como o Executivo. Sobre este último recaia a increpação de haver congelado o processo das mudanças constitucionais ao concentrar basicamente todo o seu empenho e interesse em fazer passar a emenda de reeleição do Presidente da República, prioridade máxima e pessoal do titular daquele Poder, segundo apregoavam, com razão, os membros e as lideranças dos partidos oposicionistas.

Outra crítica contundente, que se vinha somar àquela da emenda da reeleição, foi quanto à má qualidade das emendas aprovadas. Com efeito, reportando-se àquelas promulgadas em 1996, Celso Bastos escreveu: "A conclusão a que se chega é a de que a fornada de 1996 foi pior do que a do ano passado, o que nos leva a crer que, neste passo, a de 1997 tem grandes chances em superar a anterior em inconveniência e insensatez".[6]

Razão de sobra teve o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional ao fazer acima a sombria conjectura de que as Emendas Constitucionais de 1997 excederiam em "inconveniência e insensatez" as antecedentes. Não foram elas senão duas, das quais a primeira, a de n. 16, ou seja, a da reeleição presidencial, foi a pior de todas. Concentrou a atenção máxima do Poder, tramitou nas duas Casas do Congresso

6. Celso Ribeiro Bastos, "Emendas constitucionais: cada vez piores", in *Ciência Jurídica*, Ano III, n. 27, dezembro/96.

sob forte pressão do Governo e, finalmente, viu consumada sua aprovação em atmosfera de escândalo e de graves suspeitas de corrupção.

Quebrantou aquela Emenda uma sólida tradição republicana, a saber, a da mais breve alternância possível dos governantes no exercício dos mandatos eletivos. Trouxe, ao mesmo passo, a mácula de um projeto pessoal de continuismo do primeiro magistrado do País, à imitação daquele ocorrido nas vizinhas repúblicas do Peru e da Argentina, e sem precedentes em toda a nossa história constitucional.

Demais disso, fundadas dúvidas ainda pairam acerca da Emenda no que tange à sua constitucionalidade, provocadas pela forma ambígua de sua tramitação, com suposta alteração do conteúdo do texto aprovado, originariamente, em primeiro turno, na Câmara dos Deputados. Promulgada em 4 de junho de 1997, a Emenda da reeleição alterou os artigos 14, 28, 29, 77 e 82 da Lei Maior.

A EC 17, de 22.11.1997, modificou dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994, mantendo, até 31.12.1999, o Fundo Social de Emergência.

No ano de 1998 houve três Emendas à Constituição: a de n. 18 – promulgada em 5 de fevereiro – e que dispõe sobre o regime constitucional dos militares, estabelecendo para estes tratamento distinto daquele a que se acham sujeitos os servidores públicos civis; a de n. 19 – promulgada em 4 de junho – que "modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências"; e a de n. 20 – promulgada em 15 de dezembro – que "modifica o sistema de previdência social, estabelecendo normas de transição e dá outras providências".

Em 1999, foram promulgadas quatro Emendas: em 19 de março, duas: a de n. 21, que prorrogou, alterando a alíquota, a CPMF, prevista no art. 74 do ADCT; e a de n. 22, que abre a possibilidade da criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, alterando, também, os arts. 102, I, *i* (competência do STF em matéria de *habeas corpus*), e 105, I, *c* (idem, em relação ao STJ). Em 2 de setembro a de n. 23, que, em virtude da criação do Ministério da Defesa, alterou os arts. 12 (exigência de que o Ministro da Defesa seja brasileiro nato), 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição. Finalmente em 10 de dezembro a de n. 24, que alterou dispositivos referentes à Justiça do Trabalho (arts. 111 a 113 e 115 a 117 – extinção dos representantes classistas temporários).

Em 2000 já foram promulgadas mais sete Emendas: a de n. 25, de 14 de fevereiro, dispôs sobre limites de despesas das Câmaras Munici-

pais e dos subsídios dos vereadores, acrescentando o art. 29-A, caracterizando crimes de responsabilidade de autoridades municipais. A de n. 26, da mesma data, incluiu a *moradia* entre os direitos sociais enumerados no art. 6º. A de n. 27, de 21 de março, instituindo a desvinculação de receitas da União. A EC 28, de 25 de maio, deu nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revogou o art. 233 da CF. A EC 29, de 13 de setembro, alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da CF e acrescentou o art. 77 ao ADCT, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. A de n. 30, da mesma data, alterou a redação do art. 100 da CF e acrescenta o art. 78 ao ADCT, referente ao pagamento de precatórios judiciários. A EC 31, de 14 de dezembro, alterou o ADCT, introduzindo artigos que criaram o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (arts. 79 a 83).

Em 2001 foram promulgadas mais quatro Emendas Constitucionais: a EC 32, de 11 de setembro, alterou os arts. 48 (atribuições do Congresso Nacional), 57 (convocação extraordinária do Congresso Nacional), 61 (matéria de leis de iniciativa do Presidente da República), 62 (medidas provisórias), 64 (urgência na apreciação de projetos de lei), 66 (apreciação de veto), 84 (competência do Presidente da República para dispor, mediante decreto), 88 (criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração) e 246 (vedação de adoção de Medida Provisória na regulamentação de artigos alterados por Emenda Constitucional, a partir de 1º.1.1995), da CF. A de n. 33, de 11 de dezembro, alterou os arts. 149 (regula as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico), 155 (sobre ICMS) e 177 (destinação dos recursos da CIDE), da CF. A de n. 34, de 13 de dezembro, deu nova redação à alínea "c" do inciso XVI do art. 37 da CF (acumulação de cargos ou empregos de profissionais de saúde); e a de n. 35, de 20 de dezembro, deu nova redação ao art. 53 de CF (inviolabilidade dos parlamentares).

Em 2002, foram promulgadas quatro novas Emendas Constitucionais, a saber: a EC 36, de 28 de maio, deu nova redação ao art. 222 da CF, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica. A EC 37, de 12 de junho, alterou os arts. 100 (sobre precatórios) e 156 (referente ao ISS) da CF e acrescentou os arts. 84 e 85 (referentes à CPMF), 86 e 87 (dispondo sobre precatórios judiciais) e 88 (referente ao ISS) ao ADCT. A de n. 38, de 12 de junho, acrescentou o art. 89 ao ADCT, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União. E no final de 2002, a de n. 39, de 19 de dezembro, acrescentou o art. 149-A à Constituição, instituindo a "contribuição para custeio do serviço de iluminação pública" nos Municípios e no Distrito Federal.

Em 2003 foram promulgadas as Emendas Constitucionais 40, 41 e 42. A EC 40, de 29.5.2003, alterou o inc. V do art. 163 (normas gerais sobre finanças públicas) e o art. 192 da CF (sobre o sistema financeiro nacional), e o *caput* do art. 52 do ADCT (que restringiu o alcance do art. 192 da CF). As EC 41 e 42, ambas de 19.12.2003 (e somente publicadas em 31.12.2003), modificaram respectivamente: a de n. 41, os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da CF, revogando o inc. IX do § 3º do art. 142 da CF e dispositivos da EC 20, de 15.12.1998; e a de n. 42, alterou o Sistema Tributário Nacional, modificando o inc. XXII do art. 37; o inc. XV do art. 52; a alínea "d" do inc. III do art. 146 e seu parágrafo único; o art. 146; o inc. II do § 2º do art. 149; a alínea "c" do inc. III e o § 1º do art. 150; o inc. IV do § 3º e o § 4º do art. 153; as alíneas "a" e "d" do inc. X do § 2º e o § 6º do art. 155; o inc. II do art. 158; o inc. III do § 4º do art. 159; o inc. IV do art. 167; o inc. VI do art. 170; o inc. IV e os §§ 12 e 13, do art. 195; o parágrafo único do art. 204 e o § 6º do art. 216 da CF; o art. 76 e seu § 1º; o § 1º do art. 82 e o art. 83 do ADCT, que, também foi acrescido dos arts. 90 a 94. Finalmente, essa EC 42 revogou o inc. IX do § 3º do art. 142 da CF e o art. 84 do ADCT.

No ano de 2004 foram promulgadas mais duas Emendas, as de ns. 43 e 44. A primeira, de 15 de abril, altera o art. 42 do ADCT, prorrogando, por 10 anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste previstos naquele artigo.

A outra, de 30 de junho, aumentou de 25 para 29% o repasse do produto da arrecadação da CIDE prevista no art. 177, § 4º, para os Estados e o Distrito Federal.

7. *A Crise da Constituição*

Enquanto a reforma da Constituição se arrasta com lentidão, sem firmeza de propósitos e sem rumos definidos, a crise da ordem constitucional vigente se agrava consideravelmente por obra de agressões à Lei Maior, perpetradas pelo Poder Executivo, ao servir-se de um instrumento da Constituição mesma, ou seja, da medida provisória estatuída no art. 62.

O uso intensivo, abusivo e funesto dessa medida a converteu no câncer do regime constitucional, com metástase para o § 2º do art. 60 da Carta Magna, conforme evidenciaremos a seguir.

Com efeito, no que toca às medidas provisórias, foram instituídas com força de lei para atender a circunstâncias excepcionais em que o Presidente da República, configurado um caso de "relevância e urgência", poderia então adotá-las. Mas sempre debaixo da obrigação de submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional.

Mas, nem mesmo as restrições introduzidas na redação do art. 62, pela EC 32, de 11.9.2001, com seus doze novos parágrafos, melhorou a situação.

Os §§ 3º e 7º do art. 62, cuidando de prevenir abusos, dispõem, de maneira taxativa, que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, caso não sejam convertidas em lei no prazo de 120 dias (60, prorrogáveis por mais 60 – e suspenso durante o recesso do Congresso Nacional), a partir de sua publicação. Mas, se ela não for apreciada em até 45 dias, entrará em regime de urgência, sobrestando-se todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando, trancando, assim, toda a pauta de trabalhos dessa Casa, paralisada nas suas finalidades.

Desatendendo, por igual, ao requisito básico de relevância e urgência, o Poder Executivo se tornou no País, com aquelas medidas, o legislador de exceção por excelência. No exercício dessa tarefa, move-se ele com assiduidade, inteiramente desembaraçado dos freios constitucionais, produzindo um volume de legislação de péssimo conteúdo, eivada de flagrantes inconstitucionalidades, e que excede já o número de leis aprovadas por via legislativa ordinária.

É de assinalar também que no Governo anterior foram editadas cerca de duzentas e cinqüenta e reeditadas mais de duas mil medidas provisórias, das quais duzentas e treze convertidas em lei. O governo atual já editou sessenta e sete Medidas Provisórias, das quais foram convertidas trinta e seis.

Para o Poder Executivo é mais fácil governar a Nação com medidas provisórias do que com os artigos da Constituição.

De tal sorte que cidadania e direitos fundamentais não raro sucumbem a um tratamento de negligência e desprezo da parte da autoridade governante.

O País vive, por conseguinte, o pesadelo daquelas medidas provisórias. Com elas se destrói, a cada passo, o princípio da separação de poderes e se instala, pouco a pouco, diante dos erros, recuos e omissões do Legislativo e do Judiciário, uma espécie de "ditadura constitucional", a qual, sendo uma contradição em termos, nem por isso deixa de ser a realidade que efetivamente começa a reger a nossa vida institucional cotidiana, suspendendo na prática algumas garantias constitucionais do Estado democrático de Direito.

Mas além da medida provisória, que tanto abala o Estado constitucional, e de certo modo anula a vontade legislativa do Congresso, que de todas as vontades políticas no sistema representativo é a mais legítima, breve poderá haver outro esteio dessa ditadura, mais nocivo e infesto ao Estado de Direito do que a sobredita medida. Vem essa viga de sustentação no bojo daquelas propostas de emenda constitucional que introduzem um gênero novo de plebiscito e uma figura não menos esdrúxula de constituinte: a chamada miniconstituinte.

Nascidas ambas de idêntica aspiração absolutista e autocrática, têm por objetivo inconfundível e inconfessável dissolver a eficácia do § 2º do art. 60 da Constituição, este dique ao arbítrio e à vocação anticonstitucional dos titulares do Poder Executivo.

A queda do art. 60, se ocorrer, será o fim da Constituição. Não chega a ser outra, aliás, a conseqüência das duas propostas de Emenda à Constituição, de autoria de dois deputados, um da oposição e outro da situação.

A proposta de Emenda n. 554, do então líder do PDT na Câmara dos Deputados, subscrita por 29 deputados dos partidos que, na época, faziam oposição ao governo (!), obteve logo o apoio caloroso do então Presidente da República, como não poderia deixar de acontecer, bem como a adesão maciça das lideranças majoritárias do seu governo. Tanto que logrou aprovação, à unanimidade, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados em 4 de dezembro de 1997.

Institui ela um plebiscito e convoca uma constituinte. Nisso consiste a essência da proposta, de falsa aparência democrática.

Mediante o plebiscito – de um modelo inexistente na Constituição e que não pode em absoluto ser criado pelo poder constituinte derivado – o eleitorado deve decidir sobre a atribuição aos membros do Congresso Nacional de poderes constituintes, de tal sorte que esse órgão se transforme numa Assembléia Constituinte, "livre e soberana". Mas logo a proposta insere uma cláusula contraditória, restritiva dessa soberania, limitando os poderes da Constituinte unicamente à revisão dos artigos 14, 16, 17, 21 a 24, 30, 145 a 162 da Constituição Federal e dos que lhes são conexos.

Além disso, esse pequeno colégio constituinte, a mais excêntrica singularidade já fertilizada na imaginação liberticida de parlamentares, deliberaria sobre Emendas à Constituição em assembléia unicameral, com as propostas de reforma discutidas e votadas por maioria absoluta.

Como assinalamos noutro escrito,[7] a Emenda, ao mesmo passo que intenta ressuscitar um cadáver insepulto – o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – dissolveria, por obsolescência, o § 2º do art. 60 da Constituição, cuja rigidez é o empeço principal à fúria reformista do Poder Central.

Aquele parágrafo se converteu assim na derradeira trincheira da república constitucional de 1988. Se ele cair, cairá também o Estado de Direito. E o Brasil passará a ser, de imediato, um País sem Constituição.

7. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, p. 86.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Jorge. *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo, Livraria Editora de Direito, 1997.

ACKEL FILHO, Diomar. *"Writs" Constitucionais ("Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, "Habeas Data")*, São Paulo, Saraiva, 1988.

ADAMOVICH, L. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 5ª tir. trabalhada e acrescentada pelo Dr. Hans Spanner, Viena, 1957.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*, Porto Alegre, Fabris, 2000.

ALCANTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*, São Paulo, Ed. RT, 1988.

ALCORTA, Amancio. *Las Garantías Constitucionales*, 2ª edição corrigida, Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1897.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades Parlamentares*. Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 1982.

_____. *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

ALMOND, Gabriel A. e POWELL, G. B. *Comparative politics: a developmental Approach*, Boston-Toronto, 1966.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. "O papel do Ministério Público na nova Constituição", in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.

ALVES, Alaôr Caffé. "Planejamento e Federação. Algumas reflexões sobre seus princípios", *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 6, jul. 1975.

ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. "Poder Judiciário", in *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.

AMARAL SANTOS, Aricê Moacyr. *O Mandado de Injunção*. São Paulo, Ed. RT, 1989.

AMORIM, Edgar Carlos de. "Estrutura do Poder Judiciário", tese, Fortaleza, 1988.

ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*, São Paulo, Ed. RT, 1991.

_____. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*, São Paulo, Ed. RT, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1978.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, São Paulo, Ed. RT, 1968.

_____. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo, Max Limonad, 1960.

ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 4ª ed., 14ª tiragem, Berlim, 1933.

_____. *Kommentar zur preussischen Verfassungsurkunde*, 1912.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. "Natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos", *RT* 446/27.

ARANGIO RUIZ, G. *Delle Guarentegie Costituzionali*, v. I, Nápoles, 1886.

ARANHA, Márcio Iório. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Atlas, 1999.

ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1998.

ASSIS CORRÊA, Orlando de. *Nova Constituição Anotada*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1989.

ASSMAN, Eberhard Schmidt. "Der Rechtsstaat", in *Handbuch des Staatsrechts*, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Band III, das Handerln des Staates, Heidelberg, 1988.

ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*, São Paulo, Ed. RT, 1971.

AZZARITTI. "La nuova Costituzione e le leggi anteriori", in *Foro It.*, IV, 1948.

_____. "Alcune questioni di Diritto Costituzionale", in *Foro It.*, III, 1948.

BADÍA, Juan Ferrando. *El Estado Unitario, el Federal y el Autonómico*, 2ª ed., Madri, 1986.

BADURA, Peter. *Staatsrecht*, Munique, 1986.

_____. *Die Methoden der neuren Allgemeinen Staatslehre*, 1959.

_____. "Verfassung und Verfassungsgesetz", in *Festschr. für Ulrich Scheuner*, Berlim, 1973.

BAETA, Hermann Assis. *Estudos sobre Controle Externo do Judiciário*, Brasília, OAB, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social", *RDP* 57-58/238.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo, José Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____. *Teoria da Constituição*, São Paulo, Resenha Universitária, 1979.

_____. *Teoria Geral do Federalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

BARBALHO, João. *Constituição Brasileira – Comentários*, 2ª ed., Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia., 1924.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

BARBOSA, Alaor. "Partidos políticos: aspectos do fenômeno", *Revista de Informação Legislativa* 103, Brasília, Senado Federal, jul./set. 1989.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1º v. (1932), 2º v. (1933), 3º v. (1933), 4º v. (1933), 5º v. (1934), São Paulo, Saraiva.

_____. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Flores & Mano, s/d.

_____. *O Art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia*, Rio de Janeiro. Livraria Castilho, MCMXX.

_____. *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, edição da Tip. do "Jornal do Comércio", vs. I e II, 1910.

_____. *O Estado de Sítio, sua Natureza, seus Efeitos, seus Limites*, Capital Federal. 1892.

_____. "Trabalhos políticos", in *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. II, t. II, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

_____. "Trabalhos jurídicos", XI, in *Obras Seletas de Rui Barbosa*, Casa de Rui Barbosa, 1962.

_____. *Tribuna Parlamentar – República*, III, Rio de Janeiro, 1955.

_____. *A Imprensa*, v. XXV, t. I, Rio de Janeiro, 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990.

BARROSO, Magdaleno Girão. *Uma Nova Democracia para o Brasil*, Fortaleza, 1924.

BASCUÑAN, Alejandro Silva. *Tratado de Derecho Constitucional – Principios*, Santiago, Chile, 1963.

BASSI, Antonio Pensovecchio Li. *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, Milão, 1972.

BASTID, Paul. *Les Institutions Politiques de la Monarchie Parlamentaire Française*, Paris, 1954.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998.

_____, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982.

_____, e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º v., São Paulo, Saraiva, 1989.

BATTAGLIA, Felice. *Curso de Filosofia del Derecho*, trad. espanhola, Madri, 1951.

BELOV, Graça. *Diálogos com a Cidadania*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BERMUDES, Sérgio. "O mandado de injunção", *RT* 642.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*, 3ª ed., trad. brasileira, Petrópolis, Vozes, 1977.

_____. *Sistema e Struttura nel Diritto (???????)*

BETTERMANN, Karl August. "Die rechtsprechende Gewalt", in *Handbuch des Staatsrechts*, Orgs. Isensee/Kirchhof, v. III: das Handeln des Staates, Heidelberg, 1988.

BETTI. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 1ª ed., Milão, 1949; 2ª ed. rev. e ampl., Milão, 1971.

_____. *Teoria Generale della Interpretazione*, I e II, Milão, 1990.

BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*, v. I, Leipzig, 1885.

BINENBOJN, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.

BLECKMANN, A. *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colônia, 1982; Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1979.

BOBBIO, Norberto. "Principi generali di Diritto", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957.

_____. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, Turim, s/d.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Demokratie als Verfassungsprinzip", in *Handbuch des Staatsrecht*, Orgs. Isensee/Kirchhof, v. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg, 1987.

_____. "Die Methoden der Verfassungsinterpretation Bestandaufnahme und Kritik", in *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 46, 1976.

_____. "Grundrecht als Grundsatznormen", in *Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed., Frankfurt/M., 1992.

_____. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Orgs. Prof. Dr. Ralf Dreier e Dr. Friedrich Schwegmann, Baden-Baden, s/d.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10ª ed., 9ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

_____. *Teoria do Estado*, 3ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988; 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____. *Reflexões: Política e Direito*, 2ª ed., Fortaleza, 1987; 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional)*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

_____. *Política e Constituição: Os Caminhos da Democracia*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

_____. *Constituinte e Constituição*, 2ª ed., Fortaleza, 1987.

_____. *A Constituição Aberta*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993; 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____. *Direito Constitucional*, 1ª ed., 1980.

BOSCHI, Renato Raul (coord.). *Pensamento Liberal no Brasil*, Rio de Janeiro, IUPERJ.

BOULANGER, Jean. "Principes généraux du Droit et Droit Positif", in *Le Droit Privé Français au Milieu du XX^e Siècle, Études Offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950.

_____. "La théorie des principes juridiques n'a pas encore été entreprise", in *Études sur le Rôle du Juge en Cas du Silence ou d'Insuffisance de la Loi*, palestra proferida na Associação Henri Capitant em 25.2.1949, *apud* ESSER, J. *Grundsatz und Norme in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3ª ed. inalterada, Tübingen.

_____. "Les principes sont les matériaux grâce auquelles la doctrine peut édifier avec confiance la construction juridique", *apud* ESSER, J. *Grundsatz und Norme in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3ª ed. inalterada, Tübingen.

BOUTMY, Émile. "La Déclaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek", in *Études Politiques*, Paris, 1907.

BOZZI, Aldo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Milão, 1965.

BRAIBANT, Guy. *Le Principe de Proportionnalité, Mélanges à Marcel Waline*, Paris, 1974.

BRASILEIRO, Ana Maria. "O federalismo cooperativo", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 3, Belo Horizonte, UFMG, ago. 1959.

BRIDEL, M. *Précis de Droit Constitutionnel et Public Suisse*, Lausanne, 1965.

BRITO, Edvaldo. "Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal", in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 1995.

BRYCE. *Studies in History and Jurisprudence*, v. I, "Essay 3".

BULOS, Vadi Lamego. *Elementos de Direito Constitucional*, Nova Alvorada, Belo Horizonte, 1996.

_____. *Manual de Interpretação Constitucional*, Saraiva, 1997.

BURCKHARDT, Walter. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2ª ed., Zurique, 1948.

_____. *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. ed., Zurique, 1944.

BURDEAU, G. *Traité de Science Politique*, 2ª ed., Paris, 1987.

_____. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., Paris, 1957; 16ª ed., 1974.

BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, México, 1954.

BURITY, T. M. *A Teoria das Fontes do Direito em Kelsen e a sua Concepção Democrática do Estado*, João Pessoa, ed. do autor, 1990.

_____. "Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário", Conferência na Universidade Estadual de Maringá, 1988, João Pessoa.

BUZAID, Alfredo. "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro", *Revista Forense* 179, set./out. 1958.

CADART, Jacques. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1982.

CADOUX, Ch. *Droit Constitutionnel*, Paris, 1980.

CAETANO, Marcello. *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, v. I, 3ª ed., Coimbra, 1959.

CAL GARCIA, José Carlos. "Mandado de injunção", *RDP* 88, São Paulo, out./dez. 1988.

CALLIESS, Rolf-Peter. *Rechtstheorie, Beiträge zur Grundlagendiskussion*, Orgs. Guenther Jahn e Werner Maihofer, Frankfurt, 1971.

CAMPOS, Alfredo. "O mandado de injunção", *Lux Jornal Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 17.10.1988.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956.

CAMPOS, German J. Bidart. *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964.

CANARIS, C.-W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (1969), 2ª ed., Berlim, 1983.

CAÑAS, Antonio Gordillo. "Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho", in *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., totalmente refundida e aumentada, Coimbra, 1991.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo Giudiziario de Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, Milão, 1972.

CARBANNE, J. C. *Introduction à l'Étude du Droit Constitutionnel et de la Science Politique*, Toulouse, 1981.

CARBONNE, Carmelo. *L'Intepretazione delle Norme Costituzionali*, Pádua, 1951.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995; 15ª ed., 2000.

CARRIÓN, Eduardo K. M. *Reforma Constitucional e Direitos Adquiridos*, Porto Alegre, Síntese, 2000.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1998.

CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional Didático*, Belo Horizonte, Del Rey, 1991.

CARVALHO, M. Orlando. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*, Belo Horizonte, Kriterion, 1951.

_____. *Problemas Fundamentais do Município Brasileiro*, São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1937.

CARVALHO NETO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

CASSONI, Giuseppe. "Norme programmatiche e norme precettive nella nuova Costituzione, nelle discussioni e nella giurisprudenza del quinquenio", in *Foro*, 1953.

CASTRO, Pedro Henrique Gênova de. "Participação Popular e Democrática", tese, Fortaleza, 1980.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, 1989.

CERETTI, Carlo. *Diritto Costituzionale Italiano*, 7ª ed., Turim, 1966.

CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na História – Origem e Reforma*, Rio de Janeiro, 1992.

_____. *Controle do Judiciário – Doutrina e Controvérsia*, Rio de Janeiro, Revan, 1995.

CHACON, Vamireh. "A revolução pelo voto", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 59, Belo Horizonte, jul. 1984.

CHANTEBOUT, B. *Droit Constitutionnel et Science Politique*, 7ª ed., Paris, 1986.

CLEMENTE, F. de. "El método en la aplicación del Derecho Civil", *Revista de Derecho Privado* 37, ano IV, out. 16.

COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*, Pádua, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. "Liberdades formais e liberdades reais", in Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, mai. 1980, Manaus.

_____. "Segurança e democracia", in *Direito, Cidadania e Participação*, Bolívar Lamounier, Francisco C. Weffort e Maria Victoria Benevides (orgs.), São Paulo, T. A. Queiroz, 1981.

_____. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, 1872.

COOLEY, Thomas. *Treatise on the Constitutional Limitations*, 3ª ed., Boston, 1890.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

COSTA, Coqueijo. *Mandado de Segurança e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, LTr, 1980.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Compêndio de Direito Eleitoral*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978.

_____. *Comentários Breves à Constituição Federal*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1989.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. *Coletânea de Estudos Jurídicos e a Nova Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1990.

CRETELLA JR., José. "O novo e inócuo *writ* constitucional: o *habeas data*", *Revista Forense* 304, Rio de Janeiro, 1988.

CRISAFULLI, V. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 3 vs., Pádua, 1970, 1976, 1984.

_____. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952.

_____. "Per la determinazione del concetto dei principi generali del Diritto", in *Studi sui Principi Generali dell'Ordinamento Giuridico*, Pisa, 1941.

CUOCOLO, F. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Milão, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 5ª ed., Saraiva, 1979.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, São Paulo, Ed. Jalovi, 1986.

_____. *Teoria do Estado*, Belo Horizonte, Del Rey, 1989.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Fabris, 2000.

DE FINA, S. "Natura ed efficacia delle norme costituzionali", in *Foro It.*, IV 1953.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*, Pádua, 1981.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1948.

DELFIM, Ricardo Alessi. *Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Princípios Constitucionais do Processo*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

DELGADO, José Augusto. "Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional", *Revista Lemi* 191, 1983.

DENNINGER, E. *Staatsrecht*, v. I, Reinbeck, 1973, e v. II, 1979.

DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*, I. § 38, 3ª ed.

DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9ª ed., com Introdução e Apêndice de E. C. S. Wade, Londres.

DIRCEY, *Law of the Constitution*, 10ª ed. / não achado o autor, nem título
DIEGO, Felipe Clemente de. "Prólogo", in DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1948.
DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989.
DIREITO, Carlos Alberto Menezes. "O federalismo", *Revista de Informação Legislativa* 64, Senado Federal, out./dez. 1979.
DOBROWOLSKI, Sílvio. "A expansão do poder no Estado Social – Aspectos. Idéias para contê-la", *Revista de Informação Legislativa* 86, abr./jun. 1985.
_____. "Grupos sociais e poder", *Revista de Informação Legislativa* 88, out./dez. 1975.
DOEHRING, K. *Staatsrecht der Bundesrepublik Deustschland*, 3ª ed., Frankfurt/M., 1984.
DOTTI, René Ariel. "Direitos socias e direitos fundamentais da pessoa humana", *Revista do IAP* 8, Curitiba, 1986.
DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt/M., 1981.
_____. *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976.
DUEZ, Paul. *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1933.
_____, e BARTHÉLEMY, Joseph. *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris, 1926.
DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 2 vs., 16ª ed., Paris, 1982.
_____. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, PUF, 1956.
DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

EASTON, David. *Political Sociology*, coletânea publicada por Alessandro Pizzorno, Inglaterra, Penguin, 1971.
_____. *A Systems Analysis of Political Life*, Nova Iorque, 1967.
ECKARDT, Wolf-Dieter, *Die verfassungskonforme Gesetzeauslegung*, Berlim, 1964.
EBENSTEIN, W. *La Teoría Pura del Derecho*, México/Buenos Aires, 1947.
EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, publicação da Vereinigung der deustschen Staatsrechtslehrer, fasc. 10, 1963.
_____. *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953.
ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristisches Denken*, Stuttgart, 1956.
ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madri, 1981.
_____. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madri, 1984.
ERICHSEN, H. U. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, v. I, 3ª ed., Munique, 1982, e v. II, Bochum, 1979.
ERMACORA, Felix. "Das Verhältnismässigkeitsprinzip im österreischischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menchenrechtskonvention", in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Europäische Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985.

_____. *Österreichischen Verfassungslehre*, Viena, 1970.
_____. *Die österreichischen Bundesverfassungsgesetze*, 9ª ed., 1980.
ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*, t. I , 7ª ed. por rev. Henry Nézard, Paris, 1921.
ESSER, Joseph. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, 1964.
_____. *Vorverständnis und Methodenwahe in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972.
ESTEBAN, J. *Constituciones Españolas y Estrangeras*, 2 vs., Madri, 1977.

FABRE, M. Henry. *Principes Républicains de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1970.
FAGUNDES, M. Seabra. "Novas perspectivas do federalismo brasileiro", *Revista de Direito Administrativo* 99, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jan./mar. 1970.
_____. "A expansão dos poderes federais", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 28, Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais.
FALCÃO, Raimundo Bezerra. "Tributação e mudança social", tese, Fortaleza, 1980.
_____. *Hermenêutica*, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
FALCONI, G. *Lineamenti di Diritto Pubblico*, 6ª ed., Turim, 1988.
FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*, Madri, 1980.
FALZONE, W., PALERMO, F., e COSENTINO, F. *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Milão, 1980.
FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte: a Legitimidade Recuperada*, São Paulo, Brasiliense, 1982.
FARIA, José Eduardo. "Legalidade e legitimidade. O Executivo como legislador". *Revista de Informação Legislativa* 86, Brasília, Senado Federal, abr./jun. 1985.
FARIAS, Domenico. *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, Milão, 1981.
FAVOREU, Louis. *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Madri, Civitas, 1991.
FERNANDES, Flávio Satyro. *História Constitucional da Paraíba*, João Pessoa, 1985.
_____. *Conheça a Constituição*, João Pessoa, Editora Universitária, UFPB, 1995.
FERRARI, Regina Maria Macedo N. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1990.
FERRAZ, A. Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo, Ed. RT, 1979.
FERRAZ, Sérgio. *A Norma Jurídica*, Freitas Bastos, 1980.
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1990.
_____. *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
_____. *Conceito de Sistema no Direito – Uma Investigação Histórica a partir da Obra Jusfilosófica de Emil Lask*, São Paulo, Ed. RT, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

FEUERBACH, L. *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, 1804.

FIGUEIREDO, Fran. "Introdução à teoria da interpretação constitucional", *Revista de Informação Legislativa* 87, Brasília, Senado Federal, jun./set. 1985.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*, São Paulo, Ed. RT, 1986.

_____. *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Ed. RT, 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, Ed. RT, 1991.

FIGUEIREDO, Paulo Nunes Augusto de. "Sistema unicameral ou bicameral?", *Revista de Informação Legeslativa* 9, jan./mar. 1966.

_____. "O sistema federalista e a integridade do Brasil", *Revista de Informação Legislativa* 86, Brasília, Senado Federal, abr./jun. 1985.

FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 8ª ed., Scientia Aalen, 1960.

FLEINER, G. *Lineamenti di Diritto Publico*, 6ª ed., Turim, 1988.

FLEISCHER, David V. "Voto distrital e os partidos políticos", *Revista de Informação Legislativa* 82, abr./jun. 1984.

FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín Arces y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Madri, 1990.

FOIS, Sergio. *Principi Costituzionali e Libera Manifestazione del Pensiero*, Milão, 1957.

FONSECA, Francisco Ramirez. *Manual de Derecho Constitucional*, México, 1967.

FONSECA, João B. L. da. "O poder de revisão constitucional", *Revista de Informação Legislativa* 56, out./dez. 1977.

FORSTHOFF, Ernest. *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munique, 1971.

_____. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, v. 1: Allgemeiner Teil, 10ª ed., 1979.

_____. *Rechtsstaat im Wandel – Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1964.

_____. *Epirrhosis: Festgabe fuer Carl Schmitt*, Org. Hans Barion, v. 1, 1968.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I, "Teoria Geral", Rio de Janeiro, Forense, 1958.

_____. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____. "O presidencialismo brasileiro (história em quadrinhos)", I, *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *História Breve do Constitucionalismo no Brasil*, 2ª ed. ampl., Curitiba, 1970.

FRANK, Helmar. *Kybernetik – Brücke zwischen den Wissenschaften*, Frankfurt/M., 1965.

FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*, Petrópolis, Vozes, 1989.

_____. *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

FRIEDRICH, Carl J. *La Nueva Constitución de Puerto Rico*, "Introducción", Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1954.

FROTA ARAÚJO, Francisco Régis. "A ordem política contemporânea e a emergência do Direito Comunicacional", tese, Fortaleza, 1990.

GABORIT, P., e GAXIE, D. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1978.

GADELHA CAVALCANTI, Simone. "A soberania e a crise brasileira", tese, Fortaleza, 1989.

GAMA, Ricardo Rodrigo. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Livraria Editora de Direito, 1996.

GENTZ, Manfred. "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", *NJW*, fasc. 35, 1968.

GERN, Alfons. "Die Rangsfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen", in *Verwaltungs Archiv*, v. 80, fasc. 4, out. 1989.

GICQUEL. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., Paris, 1987.

GIESE, F., e SCHLUNK, E. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, 9ª ed., Frankfurt/M., 1976.

GLAESER, Walter Schmitt. *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1ª parte, Aör 97, 1972.

GODECHOT, J. *Les Constitutions de la France Depuis 1789*, Paris, 1977.

GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1989.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GONZALES, Mario Bernarschina. *Constitución Política y Leyes Complementarias*, 2ª ed., Santiago, 1958.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo, apud* GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, Ed. RT, 1990; 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

GOUVEIA, J. B. *Legislação de Direitos Fundamentais*, Coimbra, 1991.

GOYANES, S. E. *Constitución Española Comentada*, Madri, 1979.

GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhälnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Aör, 1973/498.

_____. *Freiheit und Verfassungsrecht*, Tübingen, 1976.

_____. "Freiheit als Verfassungsprinzip", *Rechtstheorie* 8, I, 1977.

_____. *Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, 1976.

GRANT, A. C. *El Control Jurisdicional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, publicação da Facultad de Derecho de México, 1963.

GRAU, Eros R. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, Ed. RT, 1990; 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

_____. *Regiões Metropolitanas – Regime Jurídico*, São Paulo, José Bushatsky, 1974.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989.
GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991.
GRIMMER, Klaus. *Demokratie und Grundrechte*, 1980.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, José Bushatsky, s/d.
GRISEL, André. "Droit Public non écrit", in *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel, 1972.
GROPPALI, Alessandro. *Avviamento allo Studio del Diritto*, Milão, 1951.
GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*, Turim, 1990.
GUCHET, Y. *Éléments de Droit Constitutionnel*, Paris, 1981.
GUEDES DA SILVA, Armindo. *Fatores que Impedem a Realização da Democracia*, Salvador. 1979.
GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza, 1989.
GUNTHER, G. *Cases and Materials on Constitutional Law*, 9ª ed., Brooklin, 1979.

HÄBERLE, P. *Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madri, 1991.
_____. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 ABS 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, Müller, 1972.
HAMANN, A., e LENZ, H. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., Neuwied-Berlim, 1970.
HAMEL, W. *Deutsches Staatsrecht*, v. I, Berlim, 1971, e v. II, Berlim, 1974.
HAMILTON, A., MADISON, James, e JAY, John. *The Federalist or the New Constitution*, ed. de Max Beloff, Oxford, 1948.
HARTFIEL, Guenther. *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, 1972.
HARTMANN, Nikolai. *Die Ethik*, 3ª ed., Berlim, 1949.
_____. *Diesseits von Idealismus und Realismus, Kamstudien*, XXIX, 1942.
HAUG, Hans. *Die Shranken der Verfassungsrevision*, 1946.
HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1966.
HAURIOU, J., GICQUEL, P., e GÉLARD. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., Paris, 1980.
HAURIOU, Maurice. "La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social", *Cahiers de Nouvelle Journée* 4, 1925.
HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, Pórto Alegre, Fabris Editor, 1995.
HECK, Philip. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.
HELLER, H. *Staatslehre*, Leiden, 1934.
HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, 2ª ed., Barcelona.
HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed. aum., Karlsruhe; 4ª ed., 1970; e 13ª ed. aum., Heidelberg, 1982.
_____. "Die normative Kraft der Verfassung", in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, v. 222, Tübingen, 1959.

_____. "Rundrechte", in *Staatslexikon*, Org. da Goerresgeselschaft, v. 2, 7.
HISCHBERG, L. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, nova tir.: 1986.
HÖFLING, Wofram. *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlim, 1987.
HORNER, Franz e FROEHLER. *Die sozialen Grundrechte*, Salzburgo-Munique, 1974.
HOTZ, Werner Friedrich. *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besondere Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit*, Diss., Zuercher Beitrage zur Rechtswissenschaft, fasc. 510, Zurique, 1977.
HSÜ, Dau-lin, „Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff", in *Archiv des öffentilchen Rechts*, N. F. 22, 1932.
HUBER, Ernest Rudolf. "Bedeutungswandel der Grundrechte", in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, N. F. 23, fasc. 1.
HUBER, Hans. "Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft", in *Rechsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Org. Ernst Forsthoff, Darmstadt, 1969.
_____. "Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht", in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (*ZSR*), 96, I, Basel, 1977.
_____. "Über die Konkretisierung der Grundrechte", in *Der Staat als Aufgabe – Gedenkschrift fuer Max Imboden*, Orgs. Peter Saladin e L. Wildbaber, Basel, 1972.
HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States*, Nova Iorque, 1928.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974.
JARASSPIEROTH, Hans Dieter. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 6ª ed., Colônia, 1978.
JEANNEU, B. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., Paris, 1987.
JELLINEK, Georg. *Ausgewählte Schriften und Reden*, v. 2, Berlim, 1911.
_____. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed. rev. e aum. por Walter Jellinek, Berlim, 1922.
_____. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906.
JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung* (1913), reimp. da ed. Tübingen, Scientia Aalen, 1986.
JENNINGS, J. *The Law and the Constitution*, 5ª ed., Londres, 1959.
JHERING, Rudolf v. *Geist. Römischen Rechts*, Basel, 8ª ed., s/d.

KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht* (1945), reimp., Darmstad, 1971.
KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*, fac-símile da 1ª e 2ª eds., PhB, Hamburg, 1956.
KAUFMANN, Erich. "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", *VVDStRL* 3, 1927.

———. "Diskussionsbeitrag", *VVDStRL* 4, 1928.
———. *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, Gesammelte Schriften, Göttingen, 1960.
KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, Berlim, 1925.
———. *Reine Rechtslehre* (1934), 2ª ed. rev. e aum., Viena, 1960.
———. *Teoria General del Estado*, México, 1959.
———. "Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand", in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichstbarkeit*, VVDSt., fasc. 5, Berlim e Leipzig, 1928.
———. *Hauptprobleme der Staatslehre*, Tübingen, 1911.
KINDT-KIEFER, Johann Jakob. *Über die Fundamentalstruktur des Staates*, Bern, Haupt, 1940.
KIRCHHOF, Paul. "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", in *Handbuch des Staatsrechts*, Orgs. Isensee/Kirchhof, v. I, Heidelberg, 1987.
———. "Jurisprudencia constitucional", in Antonio López Pina, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, obra coletiva, Madri, 1991.
KLAUS, Georg, e BUHR, Manfred (orgs.). *Philosophisches Wörterbuch*, v. 2, 8ª ed. rev., Berlim, 1972.
KLECATSKY, H. *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, 2ª ed., 1973.
———, e MORSCHER. *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, 3ª ed., 1982.
KLEIN, F. *Institutionelle Garantien und Rechtsgarantien*, 1934.
KLUG, U. *Juristische Logik*, 4ª ed., Berlim-Heidelberg-Nova Iorque, 1982.
KOCH, H.-J. "Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen", *EuGRZ* 1986, fasc. 11-12.
KOJE, F. *Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesverfassungsrecht*, 3ª ed., 1982.
KORINEK, Karl. *Problematik, sozialer Grundrechte, Berichte und Informationen*, 24. set. 1965, fasc. 1000/1001.
———. "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung", separata in *Die Soziale Funktion des Marktes*, Orgs. Gerhard Merk, Herbert Schambeck, Wolfgang Schmitz e Theo Oehlinger: *Die Grundrechte in Österreich*, Europäische Grundrecht Zeitscrift 1982.
———. "Zur Interpretation von Verfassungsrecht", in *Festschrift für R. Walter*, 1991.
KRIELE, Martin. *ESJ-Grundrechte*, Munique, 1986.
———. *Theorie der Rechtgewinnung*, 2ª tir., Berlim, 1976.
KRUEGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*, 2ª tir., Stuttgart, 1966.
———. *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950.

LA ROCHE, Humberto J. *Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*, 7ª ed., Maracaibo, 1980.
LABOULAYE, Eduard. *Questions Constitutionnelles*, Paris, 1872.
LAFER, Celso. *A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com Hannah Arendt*, São Paulo, ed. do autor, 1988.

———. *Ensaios sobre a Liberdade*, São Paulo, Perspectiva, 1980.
———. *O Sistema Politico Brasileiro*, São Paulo, Perspectiva, 1975.
LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1947.
LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, PUF, Paris, 1956.
LANZ DURET, Miguel. *Derecho Constitucional Mexicano*, 5ª ed., México, 1959.
LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., Berlim, 1975 e 4ª tir. ampliada, Berlim, 1979.
LASKI, Harold J. *The American Democracy. A Commentary and an Interpretation*, Londres, 1953.
LASSALE. *Über Verfassungswesen*, Paul Singer, s/d.
———. "Was nun? Zweiter Vertrag über Verfassungswesen" (1863), in *Klassiker der Politik* XV, 1826.
LAUFER, Heinz. *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Progress*, Tübingen, Mohr, 1968.
LAVAGNA, C. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6ª ed., Turim, 1988.
LAVROFF, D. G., e PEISER, G. *Les Constitutions Africaines*, Paris, 1961.
LAZZARO, Giorgio. "Sistema giuridico", in *Nuovo Digesto*.
LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro.
LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
LEIBHOLZ, Gerhard. "Die freiheitliche und egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat", in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, Stuttgart, 1964.
———. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, Berlim, 1963.
———. *Das Wesen der Representation und der Gewaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlim, 1960.
———, e RINCK, H. J. Hesselberger. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 6ª ed., Colônia, 1978.
LEITÃO, Cláudia. *A Crise dos Partidos Politicos Brasileiros*, Fortaleza, 1989.
LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e Direito de Oposição. A Oposição Política no Debate sobre o Estado Contemporâneo*, Coimbra, 1987.
LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Colônia-Berlim-Munique-Bonn, 1961.
LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira*, Fortaleza, ABC Editora, 2001.
LIMA, M. Franzen de. *Da Interpretação Jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1955.
LIMONGI FRANÇA, R. *Hermenêutica Jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
LITRENTO, Oliveiros L. *O Problema Internacional dos Direitos Humanos*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975.
LOCKHART, KAMISAR, CHOPPER e SCHIFIN. *Constitutional Law*, 6ª ed., 1986.
LOSANO, Mario G. *Sistema e Struttura nel Diritto*, I, Turim, 1968.
LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, vs. 1 e 2, Hamburg, Studium/Rowohlt, , 1972.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. RT, 1989.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "Avocatória: violação do 'juiz natural' ou uma exigência de nossos tempos", in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.

MACKENZIE, W. J. M. *Politics and Social Science*, Baltimore, 1967.

MAGALHÃES, J. *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, t. I, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. "A Hermenêutica Jurídica e suas transformações sociais", tese, Fortaleza, 1981.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. "A herança liberal e a tentação tecnocrática", tese, Fortaleza, 1980.

MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922.

MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, F. e STARCK, C. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar* (1950), 3ª ed., Munique, Vahlen, 1985.

MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

MARCIC, René. *Vom Gesetzestaat zum Richterstaat*, Viena, 1957.

MARINHO, Josaphat. "Dos direitos humanos e suas garantias", in *As Tendências Atuais do Direito Público. Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____. "Perspectivas do controle de constitucionalidade", *Revista de Direito Público* 45-46, jan./jun. 1978.

_____. *Poderes Remanescentes na Federação Brasileira*, Bahia, 1954.

MARSHALL, G. *Constitutional Theory*, Oxford, 1980.

MARTINES, Themistocle. *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão, 1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Aplicada*, vs. 1 (1989), 2 (1990), 3 (1991), 4 (1991), Belém, Edições CEJUP.

MARTINS FILHO, Oséas de Souza. "Desenvolvimento com equilíbrio social: um desafio para o Brasil", tese, Fortaleza, 1985.

MASONI, Th. *Brandeis: Lawyer and Judge in the Modern State*, 1933.

MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Progresso Legislativo Pátrio*, Fortaleza, publicação da Faculdade de Direito do Ceará, 1953.

MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*, 1ª tir., 1951 e 19ª ed., Munique, 1973.

_____, e DUERIG. *Komm. z.* GG Herzog. Lfg. 18, set. 1990.

MAUNZSZIPPELIUS, R. *Deutsches Staatsrechts*, 27ª ed., Munique, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989.

MBAYA, Etienne-R. "Menschenrecht im Nord-Süd Verhältnis", manuscrito inédito enviado ao autor.

MEIRA, Silvio. "Os partidos políticos". *Revista de Ciências Sociais* (18):9-27. abr./jun. 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 14ª ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 1992; 26ª ed., 2001.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

MELICHAR, Erwin. "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", in *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Colônia-Berlim, Max-Planck-Institut für Ausländiches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1962.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed.. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MELLO, José Tarcísio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1996.

MELLO FILHO, Álvaro. *Sistema Jurídico*, Fortaleza, 1977.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, São Paulo, Saraiva, 1984.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do Federalismo no Brasil*, Florianópolis, Editora Lunardelli, 1975.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1989.

MENEZES, Lino Edmar de. "O Ministério Público e a defesa da ordem jurídica", tese, Fortaleza, 1988.

MERCADANTE, Paulo (coord.). *Constituição de 1988. O Avanço do Retrocesso*, Rio de Janeiro, Rio Fundo Editora, 1990.

MERKEL, Adolf. *Juristische Enzyklopädie*, 5ª ed., Berlim, 1913.

MERLIN CLÈVE, Clémerson. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1995.

MERTEN, Dtlef. "Handlungsgrundrecht als Verhaltensgarantien – zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte", *Verw. Arch.* 73, 1982.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4 vs.: v. I, 4ª ed., Coimbra, 1990; v. II, 2ª ed., Coimbra, 1983; v. III, 2ª ed., Coimbra, 1987, e v. IV, Coimbra, 1988.

_____. *Constituições Portuguesas*, 2ª ed., Lisboa, 1984.

_____. *A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Lisboa, 1978.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, 4ª ed. rev. aum., Rio de Janeiro, 1963.

MIRANDA FREIRE, Carlos Coelho. *Teoria da Legislação. Aspectos Materiais*, João Pessoa, A União, 1982.

MITCHELL, J. D. B. *Constitutional Law*, 2ª ed., Edinburgh, 1968.

MITCHELL, W. J. T. *The Politic of Interpretation*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1983.

MODEL, Otto e Müller, K. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 9ª ed., Colônia, 1981.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1998.
———. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000.
MORAES, Germana de Oliveira. "Poder de polícia administrativa", tese, Fortaleza, 1989.
MORAES FILHO, Evaristo de. *O Socialismo Brasileiro*, Brasília, Universidade de Brasília, 1981.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O Direito Processual no projeto de nova Constituição para o Brasil", *Nomos*, vs. 7-8, Fortaleza, jan./dez. 1988/1989.
MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, Coimbra, 1974.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão. Temas de Direito Político e Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
———. *Legitimidade e Discricionariedade*, 2ª ed., Forense, 1991.
MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, São Paulo, Max Limonad, s/d.
MORTATI, C. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2 vs., 9ª ed., Pádua, 1975.
MUECK, J. (org.). *Verfassungsrecht*, Opladen, 1975.
MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
MÜLLER, Friedrich. *Juristiche Methodik*, Vierte, neu bearbeitete Auflage, Berlim, 1990.
———. *Normstruktur und Normativität, Schriften zur Rechtstheorie*, fasc. 8, Berlim, 1966. // não achei o ano certo /1963
———. *Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlim, 1975.
———. *Juristisches Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, Berlim, 1976.
———. *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie*, Berlim, 1979.
———. *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlim, 1986.
———. *Strukturierende Rechtslehre*, Berlim, 1984.
———. *Die Positivität der Grundrechte*, 2ª ed. aum., Berlim, 1989.
———. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlim, 1990.
———. *Modernas Concepções de Interpretação dos Direitos Humanos*, XV Conferência Nacional de Advogados, Foz do Iguaçu, 1994.
MÜLLER, Pierre. "Le principe de la proportionnalité", in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, v. 97, fasc. 3, Basel, 1978.
MÜNCH, J. V. (org.). *Grundgesetz Kommentar*, 3 vs., Frankfurt/M., v. I, 3ª ed., 1985; v. II, 2ª ed., 1982; e v. III, 1ª ed., 1983.
MUSSO, E. S. *Diritto Costituzionale*, Pádua, 1988.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.
NAWIASKY, Hans. *Allgemeine Rechtslehre – System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2ª ed. aum., Einsiedeln, Zurique, Colônia, 1948.
NEVES, Castanheira. *A Revolução e o Direito*, 1976.

———. "O atual problema metodológico da interpretação jurídica", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117, pp. 129 e ss.
NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, Saraiva, 1988.
———. "Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien", *Schriften zur Rechtstheorie*, fasc. 150, Berlim, 1992.
NÉZARD, Henri. "De la méthode de l'enseignement du Droit Constitutionnel", in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.
NIETO, A. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP* 100-102/311 e ss., 1983.
NOVAK, J. E., ROTTUNA, R., e YOUNG, J. *Constitutionel Law*, 1978.
NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943.

OLIVEIRA, Erzeleide Maria Fernandes de. "O mandado de injunção", *Revista de Informação Legislativa* 100/47 e ss., out./dez. 1988.
OLIVEIRA, Raymundo F. de. *Parlamentarismo – Plenitude Democrática*, São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1985.
OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Idéias sobre o mandado de injunção", *O Estado de S. Paulo*, 10.11.1988.
OLIVEIRA FILHO, João. *Origem Cristã dos Direitos Fundamentais do Homem*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.
ORLANDO, V. E. *Diritto Pubblico Generale*, Milão, 1954.
OSPITALI, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5ª ed., Pádua, 1966.
OTTO, J. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, 1980.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*, São Paulo, Ed. RT, 1990.
PACTET, P. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 7ª ed., Paris, 1987.
PAIM, Antonio. "A democracia social em face das correntes políticas contemporâneas", *Convivium* 24, São Paulo, n. 6, nov./dez. 1981.
PALADIN L. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Pádua, 1988.
PANIAGUA, José M. Rodriguez. *Ley y Derecho – Interpretación e Integración de la Ley*, Madri, 1976.
PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data" – Constituição e Processo*, Rio de Janeiro, 1989.
PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
PEASLEE, A. *Constitutions of Nations*, 6 vs., 3ª ed., L'Aja, 1965/1970.
PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madri, 1976.
PECZENIK, Alexandre. "Principles of law", in *Rechtstheorie*, v. 2, fasc., Berlim, 1971.
PEDROSA, Bernardete. "Perspectivas do federalismo brasileiro", *RBEP*, separata do n. 52, Belo Horizonte, 1981.
PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madri, 1990.
PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*.
———, e outros. *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, Sevilha, 1979.

PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Madri, 1994.
PERGOLESI, F. *Diritto Costituzionale*, 2 vs., 16ª ed., Pádua, 1962/1968.
———. *Sistema delle Fonti Normative*, 3ª ed., Bolonha, 1949.
PERNTHALER, Peter. *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, (1986), 2ª ed., Viena, Springer, 1996.
———. "Über Begriff und Standort des Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung", *JBI*, 1965.
PERRY, Michael J. *The Constitution, The Courts and Human Rights*, Yale University, 1982.
PERTENCE, Sepúlveda. "O Ministério Público", in *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.
PETERS, H. *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Berlim, 1969.
PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionelle et Administrative Françaises*, Aix-Marseille, 1990.
PHILLIPS, O. Hod. *Constitutional and Administrative Law*, 3ª ed., Londres, 1962.
PHILLIPS, O. M. *Reading on Constitutional Law*, 2ª ed., Londres, 1957.
PICAZO, Luís-Diez. "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro", in *Anuário de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3º, out./dez. 1983.
PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 2 vs., Rio de Janeiro, 1857.
PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O "Impeachment"*, Porto Alegre, Livraria Globo, 1965.
PINTO FERREIRA, L. *Manual de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.
———. *Comentários à Constituição Brasileira*, vs. 1 (1989), 2 (1990) e 3 (1992), São Paulo, Saraiva.
PINTO PAIVA, Maria Arair. *Direito Político do Sufrágio no Brasil (1822-1982)*, Brasília, Thesaurus Editora, 1985.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed., Max Limonad, São Paulo, 1997.
PIRES, F. L. *A Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista*, Coimbra, 1988.
PIZZORUSSO, A. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, 1978.
———. *Sistema Istituzionali di Diritto Pubblico Italiano*, Nápoles, 1988.
POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
PONTES FILHO, Valmir. *Curso Fundamental de Direito Constitucional*, São Paulo, Dialética, 2001.
PORTELA, Eduardo. *Democracia Transitiva*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
PORTO, Walter C. "Partidos, programas e as eleições de 82", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 57, Belo Horizonte, jul. 1983.
PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*, 2ª ed., São Paulo, 1987.

PREDIERI, A., e BARILI, P. "Efficacia abrogante delle norme della Costituzione", in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, v. I, Piero Calamandrei e Alessandro Levi (orgs.), Florença, 1950.
PRÉLOT, M. *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1952.
———, e BOULOIS, J. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 10ª ed., Paris, 1987.

QUINTANA, V. Liñares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, ts. I a VII (a partir de 1956), Buenos Aires.
QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario. *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, 1969.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Stuttgart, 1956.
RAMELLA, P. *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, 1986.
RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho Constitucional Mexicano*, 4ª ed., México, 1968.
RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Controle de Constitucionalidade por Via de Ação*, São Paulo, WVC Editora, 1998.
———. *Remédios Constitucionais*, São Paulo, Angelotti, 1993.
RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*, São Paulo, Saraiva, 1994.
RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*, São Paulo, IBDC-Celso Bastos Editor, 2000.
REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963.
———. *Teoria do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo, Martins, 1972.
REBELO DE SOUZA, Marcelo. *Direito Constitucional*, Braga, Livraria Cruz, 1979.
RÉBORA, Juan Carlos. *El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desbordo Institucional*, La Plata, 1935.
RESS, George (org.). *Der Grundsatz des Verhältnismässigkeit in europäischen Rechts-Ordnungen*, Heidelberg, 1985.
REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público (Curso Elementar)*, São Paulo, Saraiva, 1989.
———. "Princípios fundamentais", in *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.
RIBEIRO, F. *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.
RINGHOFER. *Die österreischische Bundesverfassung*, Viena, 1977.
RIVEAU, Rafael. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, Santiago, 1939.
ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Belo Horizonte, Editorial Lê, 1990.
———. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo, Saraiva, 1999.
ROCHA, José de Moura. *Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1987.
RODRIGUES, Maria Stella V. S. Lopes. *Recursos da Nova Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991.

ROMANO, Santi. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2ª ed., Milão, 1947.
_____. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milão, 1953.
_____. "Osservazioni sull'Efficacia della Lege", in *Riv. It. di Scienze giur.* 1, 1947.
ROSAS, Roberto. "Aspectos do controle de constitucionalidade das leis", *Revista de Informação Legislativa* 2.
RUFFIA, Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*, 5ª ed., Nápoles, 1958.
RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, Porto Alegre, Sagra Luzzato Editores, 1997.
RÜTHERS, Bernd. *"Institutionelles Rechtsdenken" im Wandel der Verfassungsepochen*, Hamburgo, Gehlen, 1970.

SÁCHICA, Luís Carlos. *El Control de Constitucionalidad y sus Mecanismos*, 3ª ed., Bogotá, 1988.
SALADIN, Peter. *Grundrecht im Wandel*, 3ª ed., Bern, 1982.
SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*, São Paulo, José Bushatsky, 1967.
SALGADO, Joaquim Carlos. "Bases filosóficas para uma hermenêutica dos direitos fundamentais", in *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, dez. 1996.
SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*, Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 1979.
SAMPAIO DÓRIA. "Autonomia dos Municípios", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* XXIV.
SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e Cidadania – O Referendo como Instrumento de Participação Política*, Del Rey, Belo Horizonte, 1995.
SARAIVA, Paulo Lôpo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
_____. "O mandado de injunção, os direitos sociais e a Justiça Constitucional", *Revista de Informação Legislativa* 108, Brasília, out./dez. 1990.
_____. *Federalismo Regional*, São Paulo, Saraiva, 1982.
SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, 3ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, 1968.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998.
_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
SAVIGNY, F. K. von. *Juristiche Methodenlehre*, Stuttgart, 1951.
SCARTEZZINI, Ana Maria. "A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais", in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 1995.
SCHAEFFER, Hainz. *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Viena-Nova Iorque, 1971.
SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., Bern, 1954.
SCHEUNER, Ulrich. "Staatstheorie und Grundrechte", in *Staatstheorie und Staatsrecht – Gesammelte Schriften*, Berlim, 1978.

_____. "Zur Systematik und Auslegung der rundrechte", in *Staatstheorie und Staatsrecht – Gesammelte Schriften*, Berlim, 1978.
_____. "Die Institutionellen Garantien des Grundgesetezes" (1953) in *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, Berlim, 1978.
_____. "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", *DÖV*, 1971.
_____. *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, v. 2, Tübingen, 1930.
SCHINDLER, Dietrich. *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 5ª ed., Zurique, 1970.
SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munique, 1985.
SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Schriften zum Öffentliches Recht, v. 299, Berlim, 1976.
SCHMIDT, E. "Der Strafprozess Aktuelles und Zeitloses", in *NJW*, 1969.
SCHMIDT-BLEIBTREU, B., e KLEIN, F. *Grundgesetz für die Bundesrepublik*, 6ª ed., Neuwied-Berlim, 1978.
SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, reimp., Berlim, Neukoeln, 1954.
_____. "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung" (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlim, 1958.
_____. "Die Tyrannei der Werte", in *Säcularisation und Utopie*, Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967.
_____. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, Berlim, Hobbing, 1931.
_____. "Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes", in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*.
SCHNEIDER, Hans. "Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen", in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 11, Tübingen, 1976.
SCHNEIDER, Peter. *Prinzipie der Verfassungsinterpretation*, publicação da Vereiningung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlim, 1963.
SCHRAMM, The. *Staatsrecht*, 3 vs.: v. I, 2ª ed., 1977; v. II, 2ª ed., 1979, e v. III, Colônia, 1980.
SCHUNCK, C., e CLERK, H. *Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Laender*, 12ª ed., 1986.
SCHWABE, Juergen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977.
SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*, Cambridge, 1955.
_____. *Constitutional Law. A Textbook*, Nova Iorque, 1978.
_____. *A Commentary on the Constitution of the United States*, 5 vs., Nova Iorque, 1963/1968.
SCHMIEG, Guenther. "Systemanalyse", in *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, Org. Axel Görlitz, 2ª ed., Hamburgo, 1973.
SCOTT, Andrew A. *Political Tought in America*, Nova Iorque, 1959.
SCHAMBECK, Herbert. *Grundrechte und Sozialordnung*.
SIDOU, J. M. Othon. *Do Mandado de Segurança*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1969.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992; 19ª ed., 2001.
_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Ed. RT, 1968; 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

———. *Poder Constitucional e Poder Popular*, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*, vs. 1 a 4, São Paulo, Brasiliense.

SILVEIRA, José Néri da. "Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro", in *O Judiciário e a Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1994.

SILVEIRA NETO. *Teoria do Estado*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Congresso e as Delegações Legislativas*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

SLAIB FILHO, Nagib. *Ação Popular Mandatória*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

———. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

SMEND, Rudolf. "Verfassung und Verfassungsrecht" (Munique, 1928), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlim, 1955.

SOARES, José Teodoro. *Política, Partidos e Constituição no Brasil*, Fortaleza, Edições UNIFOR, 1987.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

SOUSA, Neomésio José de. "Intervencionismo e Direito – Uma abordagem das repercurssões", tese, Fortaleza, 1981.

SOUZA, José Pedro Galvão de. *Política e Teoria do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1957.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. "O planejamento regional no federalismo brasileiro", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 28, Belo Horizonte.

STAHL, Friedrich Julius. *Die Philosophie des Rechts*, v. 2, I parte, 4ª ed., Heidelberg, 1870.

STARCK, Christian. *Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfe zu Grundrechtsverwirklichungen?*. // não encontrei mais dados

———: "La jurisprudence de la Cour Constitutionelle Fédérale concernant les droits fondamentaux", *RDP* 1988.

STEIGER, Heinhard. *Institutionalisierung der Freiheit?*. // não encontrei mais dados

STEIN, Lorenz von. *Die Verwaltungslehre*, 1. Teil, Stuttgart, 1869.

STELZER. *Das Wesensgehaltsargument der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Viena, 1991.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. I, 2ª ed., Munique, 1982; v. II, 1ª ed., 1980; v. III/1, 1989; Band III/2-3, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Munique, 1994.

———. *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em 26.09.1989.

———. "Protokol der 112. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 29. und 30. September und 1. Oktober 1978 in Zürich", in *ZSR*, v. 97, 1978.

STIER-SOMLO, Fritz. "Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts", in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, fasc. 2, Berlim e Lepzig, 1925.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 2 vs., 4ª ed., Boston, Thomas M. Cooley, 1873.

STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995.

SUHR. *EuGRZ*, 1984, 529 (532).

TÁCITO, Caio. *Bibliografia Brasileira de Direito Constitucional – Primeiras Pesquisas*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1956.

TJADEN, K. H. *Soziale Systeme*, Berlim, 1971.

TASCH, P. C. Mayer. *Die Verfassungen Europas*, Munique, 1975.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito* da Universidade de Minas Gerais 21, Belo Horizonte, n. 13, out. 1973.

———. *O Judiciário e a Constituição* (coord.), São Paulo, Saraiva, 1994.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público*, Ed. LTr, 1985.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 9ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992; 17ª ed. 2001.

———. "Das normas constitucionais. Interpretação e aplicabilidade", *RT* dez. 1979.

THOMA, R. "Die juristische Bedeutung der Grundrechtliche Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen", in NIPPERDEY, H. C. (orgs.). *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, v. I, 1929.

TOBEÑAS, J. C. *Los Derechos del Hombre*, 2ª ed., Madri, 1975.

TOCQUEVILLE, A. de. *De la Démocratie en Amérique*, t. I, cap. VI. (???)

TOMANDL, Theodor. *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Rechte*, Tübingen, 1967.

TORQUATO, Manuela Lourenço Pires. "Caminhos do Direito Administrativo para o Estado Social", tese, Fortaleza, 1985.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. V, "O Orçamento na Constituição", 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

TRABUCCHI. *Istituzioni di Diritto Civile*, Pádua, 1981.

TRUYL Y SERRA, Antonio. *Los Derechos Humanos*, Madri, 1971.

TUCCI, Rogério Lauria, e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

UBERTAZZI, Giovanni Maria. "Le principe de proportionnalité en Droit Italien", in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985.

VANOSSI, J. Reinaldo. *Teoria Constitucional*, Buenos Aires, 1975.

VASAK, Karel. "Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité", *Léçon Inaugurale* no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, Estrasburgo, 1979.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1978; 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
VEDIA, Agustín de. *Derecho Constitucional y Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, 1975.
VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belém, Editora CEJUP, 1999.
VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Ruy Barbosa e o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis", *Revista Jurídica Lemi* 100, Belo Horizonte, mar. 1976.
_____. "Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988", *RDP* 92, 1988.
_____. "Problemas e soluções na prestação da justiça", in *O Judiciário e a Constituição*, coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1994.
VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio de Janeiro, FGV, 1968.
VERDÙ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, 2ª ed., Madri, 1977.
VERNENGO. *La Interpretación Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
VIALLE, P. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Lyon, 1984.
VIDIGAL, L. E. de Bueno. "Do mandado de segurança", in *Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1965.
VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado - A Regulação Jurídica*, Rio de Janeiro, 1995.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal, Jurisprudência Política*, São Paulo, Ed. RT, 1994.
VIEHWEG, T. Topik *und Jurisprudenz*, München, 2ª tir., 1963.
VILANOVA, Lourival. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*, Recife, 1953.
VILLAAMIL ALZAGA, O. *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*, Madri, 1978.
_____. (org.) *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, 5 vs., Madri, 1983.
VIRGA, P. *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Milão, 1979.
_____. "Origene, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali", in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 3 (1), jan./mar. 1948.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional*, Curitiba, Juruá, 2000.
WALDECKER, L. In *Archiv des Öffentlichen Rechts*, v. 46, 1924. // não encontrei nome do artigo
WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das Liberdades Públicas*, Curitiba, Juruá Editora, 1991.
WARAT, Luís Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Porto Alegre, Síntese, 1979.
WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*, São Paulo, Ed. RT, 1980.
WASSERMANN (org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deustschland*, Reihe Alternativ Kommentar, 2 vs., Luchterhand, 1984.

WEBER-FAS, Rudolf. *Das Grundgesetz*, Berlim, 1983.
WENDT, R. *Der Grundsatz der Grundrechte und das Übermassverbot*, Aör 104, 1979.
WERNER, Fritz. *Recht und Gericht in unserer Zeit*, Colônia, 1971.
WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen, 1962.
WHITAKER DA CUNHA, Fernando. *Direito Político Brasileiro (A Estrutura Constitucional)*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
_____, e outros. *Comentários à Constituição*, 1º v., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1990.
WILKE, Helmut. *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlim, 1975.
WILLOUGHBY, W. W. *The Constitutional Law of the United States*, vs. I e II, Nova Iorque, 1910.
WIMMER, Norbert. *Materiales Verfassungsverständnis*, Viena-Nova Iorque, 1971.
WINGY, Pierre. *Droit Constitutionnel*, 2 ts., Bruxelas, 1952.
WINKLER, Guenther. *Wertbetrachtung in Recht und ihre Grenzen*, Wien, 19619.
WITTGENSTEIN. "Philosophische Untersuchungen", in *Schriften*, v. I, Frankfurt/M.
WITTIG, Peter. *Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, Die öffentliche Verwaltung*, fasc. 23 (21. Jahrgang), 1986.
_____. "Zum Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen", in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, Tübingen, 1976.
WOLF, Erik. *Das Problem der Naturrechtslehre – Versuch einer Orientierung*, Karlsruhre, 1955.
WOLFF, H. J. *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, Studium Generale, 1952.
WOLFF, M. *Reichsverfassung und Eigentum*, Festgabe für W. Kahl, Tübingen, Mohr, 1923.
WOLLFERS, Arthur. „Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhälteismässigkeit", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, v. 113, Bern, 1977.
WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*, Acadêmica, São Paulo, 1989.
_____. "A origem liberal do constitucionalismo brasileiro", *RIF* 87, jul./set. 1985.
WROBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madri, Civitas, 1985.
WÜLFING, Thomas. *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken*, Berlim, Duncker & Humblot, 1981.

XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, São Paulo, Ed. RT, 1978.
XIMENES, Angélica. *Da Organização Federativa Brasileira*, Fortaleza, 1971.
_____. *Constituição – Natureza, Fundamentos e Importância no Estado Moderno*, Fortaleza, Editora Jurídica Limitada, s/d.

ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale*, Turim, 1987.
ZIMMERLI, Ulrich. "Der Grundsatz der Verhdltnismässigkeit im öffendichen Recht", in *ZSR*, 1978.

ZIPPELIUS, Reinhold. "Problemjurisprudenz und Topik", in *Neue Juristich Wochenschrift*, fasc. 48, 1967.

ZUR *Sache-Themen parlamentarischer Beratung*, 2.[??] Bonn, 1977.

ZWEIG, Egon. *Die Lehre vom "Pouvoir Constituant" – Ein Beitrag zum Staatsrecht des französischen Revolution*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1909.

APÊNDICE

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudiciamente;

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX – é garantido o direito de herança;

XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*;

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Capítulo II – DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*redação dada pela EC 26/00*)

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – fundo de garantia do tempo de serviço;

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII – salário-família[1] pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (*redação dada pela EC 20/98*)

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV – aposentadoria;

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (*redação dada pela EC 20/98*)

XXXIV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Art. 7º, XII: 1. EC 20/98, Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

CAPÍTULO III – DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; (*redação dada pela ECR-3/94*)

II – naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (*redação dada pela ECR-3/94*)

§ 1º. Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º. A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º. São privativos de brasileiro nato os cargos:

I – de Presidente e Vice-Presidente da República;

II – de Presidente da Câmara dos Deputados;

III – de Presidente do Senado Federal;

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V – da carreira diplomática;

VI – de oficial das Forças Armadas;

VII – de Ministro de Estado da Defesa. (*acrescentado pela EC-23/99*)

§ 4º. Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (*redação dada pela ECR-3/94*)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. (*redação dada pela ECR-3/94*)

Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§ 1º. São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

Capítulo IV – DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º. São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º. O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente. (*redação dada pela EC 16/97*)

§ 6º. Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º. O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (*redação dada pela ECR-4/94*)

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (*redação dada pela EC 4/93*)

Capítulo V – DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

§ 2º. Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º. Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º. É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Título III – DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Capítulo I – DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º. Brasília é a Capital Federal.

§ 2º. Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º. Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (*redação dada pela EC 15/96*)

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II – recusar fé aos documentos públicos;

III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Capítulo II – DA UNIÃO

Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI – o mar territorial;

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII – os potenciais de energia hidráulica;

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º. A faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Art. 21. Compete à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II – declarar a guerra e celebrar a paz;

III – assegurar a defesa nacional;

IV – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

V – decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;

VI – autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VII – emitir moeda;

VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;[1] (*redação dada pela EC 8/95*)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; (*redação dada pela EC 8/95*)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIII – organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços público por meio de fundo próprio;[1] (*redação dada pela EC 19/98*)

XV – organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

XVII – conceder anistia;

XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI – estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (*redação dada pela EC 19/98*)

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

XXV – estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Art. 21, XI: 1. EC 8/95, Art. 2º. É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.

Art. 21, XIV: 1. EC 19/98, Art. 25. Até a instituição do fundo a que se refere o inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal, compete à União manter os atuais compromissos financeiros com a prestação de serviços públicos do Distrito Federal.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II – desapropriação;

III – requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V – serviço postal;

VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII – comércio exterior e interestadual;

IX – diretrizes da política nacional de transportes;

X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI – trânsito e transporte;

XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII – nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV – populações indígenas;

XV – emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XVII – organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XVIII – sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX – sistemas de consórcios e sorteios;

XXI – normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII – competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII – seguridade social;

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

XXV – registros públicos;

XXVI – atividades nucleares de qualquer natureza;

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista nos termos do art. 173, §1º, III; (*redação dada pela EC 19/98*)

XXVIII – defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX – propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II – orçamento;

III – juntas comerciais;

IV – custas dos serviços forenses;

V – produção e consumo;

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI – procedimentos em matéria processual;

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII – assistência jurídica e defensoria pública;

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV – proteção à infância e à juventude;

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Capítulo III – DOS ESTADOS FEDERADOS

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (*redação dada pela EC 5/95*)

§ 3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º. Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

§ 2º. O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa na razão de, no máximo setenta e cinco por cento daquele estabelecido em espécie para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (*redação da EC 19/98*)

§ 3º. Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos.

§ 4º. A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subseqüente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77. (*redação dada pela EC 16/97*)

§ 1º. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V. (*redação dada pela EC 19/98*)

§ 2º. Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (*redação dada pela EC 19/98*)

Capítulo IV – DOS MUNICÍPIOS

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

I – eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

II – eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores; (*redação dada pela EC 16/97*)

III – posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subseqüente ao da eleição;

IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinqüenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

V – subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (*redação dada pela EC 19/98*)

VI – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subseqüente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (*inciso com redação dada pela EC 25, de 14.2.2000, que também acrescentou as alíneas "a" a "f"*)

a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

b) em Municípios de dez mil e um a cinqüenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

c) em Municípios de cinqüenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinqüenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

VII – o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município; (*redação dada pela EC 1/92*)

VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

IX – proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa;

X – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

XI – organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;

XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

XIV – perda do mandato do Prefeito, nos termos do art. 28, parágrafo único.

Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts, 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (*artigo acrescentado pela EC 25, de 14.2.2000*)

I – oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes;

II – sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes;

III – seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes;

IV – cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

§ 1º. A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

§ 2º. Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;

II – não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou

III – enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

§ 3º. Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV – criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual;

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo municipal, na forma da lei.

§ 1º. O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º. O parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º. As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º. É vedada a criação de tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais.

Capítulo V – DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Seção I – *Do Distrito Federal*

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

§ 2º. A eleição do Governador e do Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração.

§ 3º. Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

§ 4º. Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

Seção II – *Dos Territórios*

Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

§ 1º. Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título.

§ 2º. As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

§ 3º. Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador, nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.

Capítulo VI – DA INTERVENÇÃO

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I – manter a integridade nacional;

II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (*inciso e alíneas com redação dada pela EC 14/96*)

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. *(redação dada pela EC 29, de 13.9.2000)*

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; *(redação dada pela EC 29, de 13.9.2000)*;

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I – no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II – no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII;

IV – de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal.

§ 1º. O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º. Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º. Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º. Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

Capítulo VII – DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seção I – *Disposições Gerais*

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (*"caput", incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII a XVII e XIX, e § 3º com redação dada pela EC 19/98, que também acrescentou os §§ 7º a 9º*)

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III – o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;[1]

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;[1] (*nova redação dada pela EC 41/03*)

Art. 37, X: 1. EC 19/98, Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

Art. 37, XI: 1. EC 41/03: Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. (*redação dada pela EC 34/01*)

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XVIII – a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específi-

EC 41/03: Art. 7º. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

EC 41/03: Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. § 1º. O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. § 2º. Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

cas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (*inciso acrescentado pela EC 42/03*)

§ 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

§ 2º. A não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;[1]

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

§ 7º. A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações, e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

§ 9º. O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

§ 10. É vedada[1] a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (*acrescentado pela EC 20/98*)

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (*redação dada pela EC 19/98*)

Art. 37, § 3º, I: 1. EC 19/98, Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Art. 37, § 10: 1. EC 20/98, Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

I – tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II – investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III – investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV – em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V – para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

Seção II – *Dos Servidores Públicos* (*título com redação dada pela EC 18/98*)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 19/98*)

§ 1º. A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II – os requisitas para a investidura;

III – as peculiaridades dos cargos.

§ 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio[1] fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6º. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º. A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter

Art. 39, § 4º: 1. EC 19/98, Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

contributivo[1] e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.[2] (*"caput" com nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: *(§ 1º com nova redação dada pela EC 41/03*)

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (*inciso com nova redação dada pela EC 41/03*)

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (*incisos II e III e § 2º com redação dada pela EC 20/98*)

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º. Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Art. 40, *caput*: 1. EC 41/03: Art. 4º. Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I – cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Art. 40, *caput*: 2. EC 41/03: Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.§ 1º. O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. § 2º. Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

EC 41/03: Art. 6º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: I – sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher; II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

§ 3º. Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 4º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º. Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º. Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 8º. É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 9º. O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.[1]

Art. 40, § 10: 1. EC 20/98, Art. 4º. Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

EC 41/03: Art. 2º. Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente: I – tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso. § 1º. O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, "a", e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção: I – três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput até 31 de dezembro de 2005; II – cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006. § 2º. Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo. § 3º. Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo. § 4º. O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º. § 5º. O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para apo-

§ 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.[1]

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (*§§ 17, 18, 19 e 20 incluídos pela EC 41/03*)

sentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. § 6º. As aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

Art. 40, § 14: 1. EC 20/98, Art. 9º. Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I – contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º. O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do *caput*, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II – o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o *caput*, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º. O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social[1] de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.[1] (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 19/98*)

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Seção III – *Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*
(*título com redação dada pela EC 18/98*)

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (*redação dada pela EC 18/98*)

§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (*redação dada pela EC 20/98*)

§ 2º. Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

Seção IV – *Das Regiões*

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 1º. Lei complementar disporá sobre:

I – as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II – a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

Art 40, § 18: 1. V. nota ao art. 201, *caput*: 1.

Art. 41, *caput*: 1. EC 19/98, Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal.

§ 2º. Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do poder público;

II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV – prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

§ 3º. Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

TÍTULO IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

CAPÍTULO I – DO PODER LEGISLATIVO

Seção I – *Do Congresso Nacional*

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º. Cada Território elegerá quatro Deputados.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2º. A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

§ 3º. Cada Senador será eleito com dois suplentes.

Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Seção II – *Das Atribuições do Congresso Nacional*

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I – sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III – fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV – planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V – limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI – incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

VII – transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII – concessão de anistia;

IX – organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; (*redação dada pela EC 32/01*)

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (*redação dada pela EC 32/01*)

XII – telecomunicações e radiodifusão;

XIII – matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV – moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III – autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI – mudar temporariamente sua sede;

VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (*redação dada pela EC 19/98*)

VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (*redação dada pela EC 19/98*)

IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII – apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII – escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV – aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV – autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. (*"caput" com redação dada pela ECR 2/94*)

§ 1º. Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados ou a qualquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. (*redação dada pela ECR 2/94*)

Seção III – *Da Câmara dos Deputados*

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II – proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III – elaborar seu regimento interno;

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (*redação dada pela EC 19/98*)

V – eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Seção IV – *Do Senado Federal*

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (*redação dada pela EC 23/99*)

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III – aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

c) Governador de Território;

d) presidente e diretores do Banco Central;

e) Procurador-Geral da República;

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV – aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal;

VIII – dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI – aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII – elaborar seu regimento interno;

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (*redação dada pela EC 19/98*)

XIV – eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XV – avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (*inciso acrescentado pela EC 42/03*)

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Seção V – *Dos Deputados e dos Senadores*

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (*redação dada pela EC 35/01*)

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º. A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º. As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sitio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior;

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, "a";

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º. É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º. Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º. Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º. A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (*redação dada pela ECR 6/94*)

Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de capital ou chefe de missão diplomática temporária;

II – licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

§ 1º. O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.

§ 2º. Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

§ 3º. Na hipótese do inciso I, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato.

Seção VI – *Das Reuniões*

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

§ 1º. As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subseqüente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.

§ 2º. A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º. Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

I – inaugurar a sessão legislativa;

II – elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;

III – receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;

IV – conhecer do veto e sobre ele deliberar.

§ 4º. Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente.

§ 5º. A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

§ 6º. A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

I – pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República;

II – pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante.

§ 7º. Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal. (*redação dada pela EC 32/01*)

§ 8º. Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação. (*parágrafo incluído pela EC 32/01*)

Seção VII – *Das Comissões*

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º. Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º. Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

§ 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 4º. Durante o recesso, haverá uma comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

Seção VIII – *Do Processo Legislativo*

Subseção I – Disposição Geral

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Subseção II – Da Emenda à Constituição

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Subseção III – Das Leis

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 18/98*)

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (*com redação dada pela EC 18/98*)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (*redação dada pela EC 32/01*)

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (*"caput" com redação dada pela EC 32/01; §§ incluídos pela mesma EC 32*)

§ 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º. O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º. Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º. Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º;

II – nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos tribunais federais e do Ministério Público.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º. Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (*redação dada pela EC 32/01*)

§ 3º. A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º. Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º. O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º. O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º. Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (*redação dada pela EC 32/01*)

§ 7º. Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

Seção IX – *Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (*redação dada pela EC 19/98*)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º. No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º. O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Art. 72. A comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

§ 1º. Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.

§ 2º. Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II – dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (*redação dada pela EC 20/98*)

§ 4º. O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta Seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete conselheiros.

Capítulo II – DO PODER EXECUTIVO

Seção I – *Do Presidente e do Vice-Presidente da República*

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (*"caput" com redação dada pela EC 16/97*)

§ 1º. A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º. Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º. Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º. Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

Art. 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º. Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

§ 2º. Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.

Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição. (*redação dada pela EC 16/97*)

Art. 83. O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo.

Seção II – *Das Atribuições do Presidente da República*

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (*redação do inciso e das alíneas dada pela EC 32/01*)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X – decretar e executar a intervenção federal;

XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII – exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (*redação dada pela EC 23/99*)

XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV – nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI – nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII – nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII – convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI – conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição;

XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Seção III – *Da Responsabilidade do Presidente da República*

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º. O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º. Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º. O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Seção IV – *Dos Ministros de Estado*

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III – apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV – praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. (*redação dada pela EC 32/01*)

Seção V – *Do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional*

Subseção I – Do Conselho da República

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

I – o Vice-Presidente da República;

II – o Presidente da Câmara dos Deputados;

III – o Presidente do Senado Federal;

IV – os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;

V – os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;

VI – o Ministro da Justiça;

VII – seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:

I – intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;

II – as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

§ 1º. O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério.

§ 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.

Subseção II – Do Conselho de Defesa Nacional

Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

I – o Vice-Presidente da República;

II – o Presidente da Câmara dos Deputados;

III – o Presidente do Senado Federal;

IV – o Ministro da Justiça;

V – o Ministro da Defesa; (*redação dada pela EC 3/99*)

VI – o Ministro das Relações Exteriores;

VII – o Ministro do Planejamento;

VIII – os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. (*acrescentado pela EC 23/99*)

§ 1º. Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

I – opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;

II – opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

III – propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

IV – estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

§ 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

Capítulo III – DO PODER JUDICIÁRIO

Seção I – *Disposições Gerais*

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

V – o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; (*com redação dada pela EC 19/98*)

VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (*redação dada pela EC 20/98*)

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca;

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (*redação dada pela EC 19/98*)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se a atividade político-partidária.

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (*nova redação dada pela EC 41/03*)

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos,

verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (*acrescentado pela EC 22/99*)

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º. O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I – no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (*§§ 1º a 3º com redação dada pela EC 30/00*)

§ 1º-A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º. O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º. São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório. (*parágrafo introduzido pela EC 37/02, renumerando-se os demais*)

§ 5º. A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público. (*§§ 5º e 6º introduzidos pela EC 30/00*)

§ 6º. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.[1]

Seção II – *Do Supremo Tribunal Federal*

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

Art. 100, § 6º: 1. V. arts. 78, 86 e 87 do ADCT.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (*alínea com redação dada pela EC 3/93*)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (*redação dada pela EC 23/99*)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (*redação dada pela EC 22/99*)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

§ 1º. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (*redação dada pela EC 3/93*)

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (*redação dada pela EC 3/93*)

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa de Assembléia Legislativa;
V – o Governador de Estado;
VI – o Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. (*redação dada pela EC 3/93*)

Seção III – *Do Superior Tribunal de Justiça*

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (*redação dada pela EC 23/99*)

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (*redação dada pela EC 23/99*)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Seção IV – *Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais*

Art. 106. São órgãos da Justiça Federal:

I – os Tribunais Regionais Federais;

II – os Juízes Federais.

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

II – os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Parágrafo único. A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII – os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII – os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º. As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º. Serão processadas e julgadas na Justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça estadual.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Art. 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária, que terá por sede a respectiva capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Parágrafo único. Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da Justiça local, na forma da lei.

Seção V – *Dos Tribunais e Juízes do Trabalho*

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:

I – o Tribunal Superior do Trabalho;

II – os Tribunais Regionais do Trabalho;

III – Juízes do Trabalho. (*redação dada pela EC 24/99*)

§ 1º. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Ministros, togados e vitalícios, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, dos quais onze escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do Ministério Público do Trabalho. (*redação dada pela EC 24/99*)

I e II – (*revogados pela EC 24/99*).

§ 2º. O Tribunal encaminhará ao Presidente da República listas tríplices, observando-se, quanto às vagas destinadas aos advogados e aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 94; as listas tríplices para o provimento de cargos destinados aos juízes da magistratura trabalhista de carreira deverão ser elaboradas pelos Ministros togados e vitalícios. (*redação dada pela EC 24/99*)

§ 3º. A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 112. Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal, e a lei instituirá as Varas do Trabalho, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito. (*redação dada pela EC 24/99*)

Art. 113. A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho. (*redação dada pela EC 24/99*)

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na

forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

§ 3º. Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. (*parágrafo acrescentado pela EC 20/98*)

Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2º, do art. 111. (*redação da EC 24/99*)

Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão:

I – juízes do trabalho, escolhidos por promoção, alternadamente, por antigüidade e merecimento;

II – advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94;

III – (*revogado pela EC 24/99*)

Art. 116. Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular. (*redação dada pela EC 24/99, que também revogou o parágrafo único*)

Art. 117. (*revogado pela EC 24/99*)

Seção VI – *Dos Tribunais e Juízes Eleitorais*

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

I – o Tribunal Superior Eleitoral;

II – os Tribunais Regionais Eleitorais;

III – os juízes eleitorais;

IV – as Juntas Eleitorais.

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II – por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o corregedor eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II – de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III – por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais.

§ 1º. Os membros dos Tribunais, os juízes de direito e os integrantes das Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

§ 2º. Os juízes dos Tribunais Eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

§ 3º. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

§ 4º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II – ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais;

III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV – anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V – denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

Seção VII – *Dos Tribunais e Juízes Militares*

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I – o Superior Tribunal Militar;

II – os Tribunais e juízes militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II – dois, por escolha paritária, dentre juízes-auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Seção VIII – *Dos Tribunais e Juízes dos Estados*

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

Capítulo IV – DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Seção I – *Do Ministério Público*

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (*redação dada pela EC 19/98*)

§ 3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º. O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º. A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º. Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (*redação dada pela EC 19/98*)

II – as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º. A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º. As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

§ 3º. O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º. Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Seção II – *Da Advocacia Pública* (*título da seção com redação dada pela EC 19/98*)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º. A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º. Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos Procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (*"caput" e parágrafo único com redação dada pela EC 19/98*)

Seção III – *Da Advocacia e da Defensoria Pública*

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (*redação dada pela EC 19/98*)

TÍTULO V – DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

CAPÍTULO I – DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

Seção I – *Do Estado de Defesa*

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º. Na vigência do estado de defesa:

I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º. O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º. Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Seção II – *Do Estado de Sítio*

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º. O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º. Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º. O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I – obrigação de permanência em localidade determinada;

II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV – suspensão da liberdade de reunião;

V – busca e apreensão em domicílio;

VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII – requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Seção III – *Disposições Gerais*

Art. 140. A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

Art. 141. Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Parágrafo único. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

Capítulo II – DAS FORÇAS ARMADAS

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º. Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (*parágrafo acrescentado pela EC 20/98*)

I – as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva nos termos da lei;

III – o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V – o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII – aplicam-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV;

IX – (*revogado pela EC 41/03*)

X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º. Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Capítulo III – DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (*redação dada pela EC 19/98*)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (*redação dada pela EC 19/98*)

§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (*redação dada pela EC 19/98*)

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º. A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (*redação dada pela EC 19/98*)

TÍTULO VI – DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO

CAPÍTULO I – DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Seção I – *Dos Princípios Gerais*

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º. As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (*alínea acrescentada pela EC 42/03*)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (*parágrafo acrescentado pela EC 42/03*)

I – será opcional para o contribuinte;

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (*artigo acrescentado pela EC 42/03*)

Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (*nova redação dada pela EC 41/03*)

§ 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (*§§ 2º a 4º incluídos pela EC 33/01*)

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (*nova redação dada pela EC 42/03*)

III – poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º. A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º. A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica. (*artigo e parágrafo acrescidos pela EC 39/02*)

Seção II – *Das Limitações do Poder de Tributar*

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (*alínea acrescentada pela EC 42/03*)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público;

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

§ 1º. A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, "c", não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (*nova redação dada pela EC 42/03*)

§ 2º. A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º. As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, "g". (*§§ 6º e 7º com redação dada pela EC 3/93*)

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Art. 151. É vedado à União:

I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

II – tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Seção III – *Dos Impostos da União*

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – renda e proventos de qualquer natureza;

IV – produtos industrializados;

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI – propriedade territorial rural;

VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º. É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I – será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

II – (*revogado pela EC 20/98*)

§ 3º. O imposto previsto no inciso IV:

I – será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III – não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior;

IV – terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei. (*inciso acrescentado pela EC 42/03*)

§ 4º. O imposto previsto no inciso VI do *caput*: (*nova redação dada pela EC 42/03*)

I – será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas;

II – não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel;

III – será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

§ 5º. O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do *caput* deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I – trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II – setenta por cento para o Município de origem.

Art. 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Seção IV – *Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal*

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (*redação dos incisos I a III dada pela EC 3/93*)

I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

§ 1º. O imposto previsto no inciso I: (*redação dada pela EC 3/93*)

I – relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III – terá a competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal.

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (*redação dada pela EC 3/93*)

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V – é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI – salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII – na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (*redação dada pela EC 33/01*)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

X – não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (*nova redação dada pela EC 42/03*)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (*inciso acrescentado pela EC 42/03*)

XI – não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos;

XII – cabe à lei complementar:[1]

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";

Art. 155, § 2º, XII: 1. V. art. 82 do ADCT.

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, *b*;[1]

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (*incisos "h" e "i" acrescentados pela EC 33/01*)

§ 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (*redação dada pelas EC 3/93 e 33/01*)

§ 4º. Na hipótese do inciso XII, *h*, observar-se-á o seguinte:

I – nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

II – nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

III – nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinados a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

IV – as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*, observando-se o seguinte:

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto;

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*.

§ 5º. As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*. (*§§ 4º e 5º incluídos pela EC 33/01*)

§ 6º. O imposto previsto no inciso III: (*parágrafo acrescentado pela EC 42/03*)

I – terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal;

II – poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização.

Seção V – *Dos Impostos dos Municípios*

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (*redação dada pela EC 3/93*)

§ 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (*redação dada pela EC 29/00*)

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Art. 155, § 2º, XII, "h": 1. EC 33/01. Art. 4º. Enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, *h*, da Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos do § 2º, XII, *g*, do mesmo artigo, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

§ 2º. O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II – compete ao Município da situação do bem.

§ 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar: (*redação dada ao § 3º e ao inciso I pela EC 37/02, que acrescentou o inciso III*)

I – fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;[1]

II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.[1]

Seção VI – *Da Repartição das Receitas Tributárias*

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II – cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (*nova redação dada pela EC 42/03*)

III – cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à região, na forma que a lei estabelecer;

II – do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados;

Art. 156, § 3º, I: 1. V. art. 88 do ADCT.

III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, *c*, do referido parágrafo. (*redação dada pela EC 44/04*)

§ 1º. Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º. A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º. Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º. Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso. (*parágrafo acrescentado pela EC 42/03*)

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (*redação dada pela EC 29/00*)

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Art. 161. Cabe à lei complementar:

I – definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III – dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.

Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subseqüente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

Parágrafo único. Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.

Capítulo II – DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Seção I – *Normas Gerais*

Art. 163. Lei complementar[1] disporá sobre:

I – finanças públicas;

II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público;

III – concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV – emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V – fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (*redação da EC 40/03*)

Art. 163, *caput*: 1. EC 19/98, Art. 30. O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda.

VI – operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII – compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 1º. É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º. O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3º. As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

Seção II – *Dos Orçamentos*

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I – o plano plurianual;

II – as diretrizes orçamentárias;

III – os orçamentos anuais.

§ 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º. O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º. Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º. A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

§ 6º. O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º. A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º. Caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I – examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II – examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

§ 2º. As emendas serão apresentadas na comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º. As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e o Distrito Federal; ou

III – sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º. As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

§ 5º. O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na comissão mista, da parte cuja alteração é proposta.

§ 6º. Os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual serão enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

§ 7º. Aplicam-se aos projetos mencionados neste artigo, no que não contrariar o disposto nesta Seção, as demais normas relativas ao processo legislativo.

§ 8º. Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Art. 167. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (*redação da EC 42/03*)

V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa;

X – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (*redação dada pela EC 19/98*)

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, "a", e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (*inciso introduzido pela EC 20/98*)

§ 1º. Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

§ 2º. Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subseqüente.

§ 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

§ 4º. É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, "a" e "b", e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta. (*redação dada pela EC 3/93*)

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 19/98*)

§ 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º. Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exoneração dos servidores não-estáveis.[1]

Art. 169, § 3º, II: 1. EC 19/98, Art. 33. Consideram-se servidores não-estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

§ 4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º. O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º. O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º. Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

TÍTULO VII – DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (*redação da EC 42/03*)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (*redação dada pela EC 6/95*)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 171. (*revogado pela EC 6/95*)

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (*parágrafo e incisos com redação dada pela EC 19/98*)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.[1]

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Art. 173, § 1º, V: 1. EC 19/98, Art. 26. No prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas.

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (*redação dada pela EC 6/95*)

§ 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do Poder concedente.

§ 4º. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º. A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.[1] (*redação dada pela EC 9/95*)

§ 4º. A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. *acrescentado pela EC 33/01*)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (*"caput" e parágrafo com redação dada pela EC 7/95*)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

CAPÍTULO II – DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º. As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º. É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Art. 177, § 3º: 1. EC 9/95, Art. 3º. É vedada a edição de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Capítulo III – DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

I – os instrumentos creditícios e fiscais;

II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia;[1]

IV – a assistência técnica e extensão rural;

V – o seguro agrícola;

VI – o cooperativismo;

VII – a eletrificação rural e irrigação;

Art. 187: 1. EC 42/03: Art. 5º. O Poder Executivo, em até sessenta dias contados da data da promulgação desta Emenda, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei, sob o regime de urgência constitucional, que disciplinará os benefícios fiscais para a capacitação do setor de tecnologia da informação, que vigerão até 2019 nas condições que estiverem em vigor no ato da aprovação desta Emenda.

VIII – a habitação para o trabalhador rural.

§ 1º. Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º. Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§ 1º. A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2º. Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Capítulo IV – DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (*redação dada pela EC 40/03, que revogou todos os incisos e parágrafos deste artigo*)

TÍTULO VIII – DA ORDEM SOCIAL

Capítulo I – DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Capítulo II – DA SEGURIDADE SOCIAL

Seção I – *Disposições Gerais*

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (*parágrafo e incisos com redação dada pela EC 20/98*)

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – eqüidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (*incisos I e II com redação dada pela EC 20/98*)

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (*inciso acrescentado pela EC 42/03*)

§ 1º. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º. A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º. A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º. A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º. O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (*redação dada pela EC 20/98*)

§ 9º. As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra. (*§§ 9º a 11 acrescentados pela EC 20/98*)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, "a", e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.[1]

Art. 195, § 11: 1. EC 20/98: Art. 12. Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195 da Constituição Federal, são exigíveis as estabelecidas em lei, destinadas ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários.

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (*§§ 12 e 13 acrescentados pela EC 42/03*)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.

Seção II – *Da Saúde*

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (*§§ 2º e 3º acrescentados pela EC 29/00, que renumerou o antigo parágrafo único para § 1º*)

§ 2º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea "a", e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea "b" e § 3º.

§ 3º. Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Seção III – *Da Previdência Social*

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:[1] (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 20/98*)

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;[1]

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.[1]

§ 2º. Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 3º. Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º. É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º. É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º. A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

Art. 201, *caput*: 1. EC 41/03: Art. 5º. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 201, *caput*, IV: 1. EC 20/98, Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 201, § 1º: 1. EC 20/98, Art. 15. Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.

§ 7º. É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º. Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição. (*parágrafo acrescentado pela EC 41/03*)

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.[1] (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 20/98*)

§ 1º. A lei complementar[1] de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º. É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.[1]

Art. 202, *caput*: 1. EC 20/98: Art. 7º. Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda

Art. 202, § 1º: 1. EC 20/98: Art. 5º. O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo. **Art. 6º.** As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 202, § 3º: 1. EC 20/98: Art. 5º. O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo. **Art. 6º.** As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigen-

§ 4º. Lei complementar[1] disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º. A lei complementar[1] de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º. A lei complementar[1] a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Seção IV – *Da Assistência Social*

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (*parágrafo acrescentado pela EC 42/03*)

I – despesas com pessoal e encargos sociais;

II – serviço da dívida;

III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Capítulo III – DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

Seção I – *Da Educação*

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

tes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 202, §§ 4º a 6º: 1. EC 20/98: Art. 7º. Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; (*redação dada pela EC 19/98*)

VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII – garantia de padrão de qualidade.

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º. É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (*redação dada pela EC 11/96*)

§ 2º. O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (*redação dada pela EC 11/96*)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (*incisos I e II com redação dada pela EC 14/96*)

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º. Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (*§§ 1º a 4º com redação dada pela EC 14/96*)

§ 1º. A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º. Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º. Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º. A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º. Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º. O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei. (*redação dada pela EC 14/96*)

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º. Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º. As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do poder público.

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do poder público que conduzam à:

I – erradicação do analfabetismo;

II – universalização do atendimento escolar;

III – melhoria da qualidade do ensino;

IV – formação para o trabalho;

V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Seção II – *Da Cultura*

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º. O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º. Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (*parágrafo acrescentado pela EC 42/03*)

I – despesas com pessoal e encargos sociais;

II – serviço da dívida;

III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Seção III – *Do Desporto*

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º. O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Capítulo IV – DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º. A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º. A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Capítulo V – DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º. Compete à lei federal:

I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º.A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º. Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º. A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º. Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º. A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º. Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º. Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º. As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional. (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 36/02*)

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º. O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º. A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º. O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º. O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Capítulo VI – DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Capítulo VII – DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º. A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º. A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

CAPÍTULO VIII – DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

TÍTULO IX – DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS

Art. 233. (*revogado pela EC 28/00*)

Art. 234. É vedado à União, direta ou indiretamente, assumir, em decorrência da criação de Estado, encargos referentes a despesas com pessoal inativo e com encargos e amortizações da dívida interna ou externa da administração pública, inclusive da indireta.

Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas:

I – a Assembléia Legislativa será composta de dezessete Deputados se a população do Estado for inferior a seiscentos mil habitantes, e de vinte e quatro se igual ou superior a esse número, até um milhão e quinhentos mil;

II – o Governo terá no máximo dez Secretarias;

III – o Tribunal de Contas terá três membros, nomeados, pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber;

IV – o Tribunal de Justiça terá sete desembargadores;

V – os primeiros desembargadores serão nomeados pelo Governador eleito, escolhidos da seguinte forma:

a) cinco dentre os magistrados com mais de trinta e cinco anos de idade, em exercício na área do novo Estado ou do Estado originário;

b) dois dentre promotores, nas mesmas condições, e advogados de comprovada idoneidade e saber jurídico, com dez anos, no mínimo, de exercício profissional, obedecido o procedimento fixado na Constituição;

VI – no caso de Estado proveniente de Território Federal, os cinco primeiros desembargadores poderão ser escolhidos dentre juízes de direito de qualquer parte do País;

VII – em cada comarca, o primeiro juiz de direito, o primeiro promotor de justiça e o primeiro defensor público serão nomeados pelo Governador eleito após concurso público de provas e títulos;

VIII – até a promulgação da Constituição estadual, responderão pela Procuradoria-Geral, pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis *ad nutum*;

IX – se o novo Estado for resultado de transformação de Território Federal, a transferência de encargos financeiros da União para pagamento dos servidores optantes que pertenciam à administração federal ocorrerá da seguinte forma:

a) no sexto ano de instalação, o Estado assumirá vinte por cento dos encargos financeiros para fazer face ao pagamento dos servidores públicos, ficando ainda o restante sob a responsabilidade da União;

b) no sétimo ano, os encargos do Estado serão acrescidos de trinta por cento e, no oitavo, dos restantes cinqüenta por cento;

X – as nomeações que se seguirem às primeiras, para os cargos mencionados neste artigo, serão disciplinadas na Constituição estadual;

XI – as despesas orçamentárias com pessoal não poderão ultrapassar cinqüenta por cento da receita do Estado.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.

Art. 238. A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n. 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

§ 1º. Dos recursos mencionados no *caput* deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

§ 2º. Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o *caput* deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

§ 3º. Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.

§ 4º. O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (*redação dada pela EC 19/98*)

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 1º. O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

§ 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o poder público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (*redação dada pela EC 32/01*)

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. (*artigo acrescentado pela EC 19/98*)

Art. 248. Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI. (*artigo acrescentado pela EC 20/98*)

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos. (*artigo acrescentado pela EC 20/98*)

Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo. (*artigo acrescentado pela EC 20/98*)

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 1º. O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.

Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993[1] o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

§ 1º. Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.

§ 2º. O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo.

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Art. 4º. O mandato do atual Presidente da República terminará em 15 de março de 1990.

§ 1º. A primeira eleição para Presidente da República após a promulgação da Constituição será realizada no dia 15 de novembro de 1989, não se lhe aplicando o disposto no art. 16 da Constituição.

§ 2º. É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

§ 3º. Os mandatos dos Governadores e dos Vice-Governadores eleitos em 15 de novembro de 1986 terminarão em 15 de março de 1991.

§ 4º. Os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores terminarão no dia 1º de janeiro de 1989, com a posse dos eleitos.

Art. 5º. Não se aplicam às eleições previstas para 15 de novembro de 1988 o disposto no art. 16 e as regras do art. 77 da Constituição.

§ 1º. Para as eleições de 15 de novembro de 1988 será exigido domicílio eleitoral na circunscrição pelo menos durante os quatro meses anteriores ao pleito, podendo os candidatos que preencham este requisito, atendidas as demais exigências da lei, ter seu registro efetivado pela Justiça Eleitoral após a promulgação da Constituição.

§ 2º. Na ausência de norma legal específica, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente.

§ 3º. Os atuais parlamentares federais e estaduais eleitos Vice-Prefeitos, se convocados a exercer a função de Prefeito, não perderão o mandato parlamentar.

§ 4º. O número de Vereadores por Município será fixado, para a representação a ser eleita em 1988, pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral, respeitados os limites estipulados no art. 29, IV, da Constituição.

§ 5º. Para as eleições de 15 de novembro de 1988, ressalvados os que já exercem mandato eletivo, são inelegíveis para qualquer cargo, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes por consangüinidade ou afinidade, até o segundo grau, ou por adoção, do Presidente da República, do Governador de Estado, do Governador do Distrito Federal e do Prefeito que tenham exercido mais da metade do mandato.

Art. 6º. Nos seis meses posteriores à promulgação da Constituição, parlamentares federais, reunidos em número não inferior a trinta, poderão requerer ao Tribunal Superior Eleitoral o registro

ADCT, Art. 2º: 1. A EC 2/92, antecipou esse plebiscito para 21.4.1993, já realizado.

de novo partido político, juntando ao requerimento o manifesto, o estatuto e o programa devidamente assinados pelos requerentes.

§ 1º. O registro provisório, que será concedido de plano pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos termos deste artigo, defere ao novo partido todos os direitos, deveres e prerrogativas dos atuais, entre eles o de participar, sob legenda própria, das eleições que vierem a ser realizadas nos doze meses seguintes a sua formação.

§ 2º. O novo partido perderá automaticamente seu registro provisório se, no prazo de vinte e quatro meses, contados de sua formação, não obtiver registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral, na forma que a lei dispuser.

Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n. 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei n. 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º. O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º. Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

§ 3º. Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º. Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de Vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

§ 5º. A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-lei n. 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.

Art. 9º. Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal proferirá a decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

§ 1º. Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

§ 2º. Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador.

§ 3º. Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a lei orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição estadual.

Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, comissão de estudos territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução.

§ 1º. No prazo de um ano, a comissão submeterá ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para, nos termos da Constituição, serem apreciados nos doze meses subseqüentes, extinguindo-se logo após.

§ 2º. Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

§ 3º. Havendo solicitação dos Estados e Municípios interessados, a União poderá encarregar-se dos trabalhos demarcatórios.

§ 4º. Se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas.

§ 5º. Ficam reconhecidos e homologados os atuais limites do Estado do Acre com os Estados do Amazonas e de Rondônia, conforme levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pela comissão tripartite integrada por representantes dos Estados e dos serviços técnico-especializados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Art. 13. É criado o Estado do Tocantins, pelo desmembramento da área descrita neste artigo, dando-se sua instalação no quadragésimo sexto dia após a eleição prevista no § 3º, mas não antes de 1º de janeiro de 1989.

§ 1º. O Estado do Tocantins integra a Região Norte e limita-se com o Estado de Goiás pelas divisas norte dos Municípios de São Miguel do Araguaia, Porangatu, Formoso, Minaçu, Cavalcante, Monte Alegre de Goiás e Campos Belos, conservando a leste, norte e oeste as divisas atuais de Goiás com os Estados da Bahia, Piauí, Maranhão, Pará e Mato Grosso.

§ 2º. O Poder Executivo designará uma das cidades do Estado para sua capital provisória até a aprovação da sede definitiva do governo pela Assembléia Constituinte.

§ 3º. O Governador, o Vice-Governador, os Senadores, os Deputados Federais e os Deputados Estaduais serão eleitos, em um único turno, até setenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, mas não antes de 15 de novembro de 1988, a critério do Tribunal Superior Eleitoral, obedecidas, entre outras, as seguintes normas:

I – o prazo de filiação partidária dos candidatos será encerrado setenta e cinco dias antes da data das eleições;

II – as datas das convenções regionais partidárias destinadas a deliberar sobre coligações e escolha de candidatos, de apresentação de requerimento de registro dos candidatos escolhidos e dos demais procedimentos legais serão fixadas, em calendário especial, pela Justiça Eleitoral;

III – são inelegíveis os ocupantes de cargos estaduais ou municipais que não se tenham deles afastado, em caráter definitivo, setenta e cinco dias antes da data das eleições previstas neste parágrafo;

IV – ficam mantidos os atuais diretórios regionais dos partidos políticos do Estado de Goiás, cabendo às comissões executivas nacionais designar comissões provisórias no Estado do Tocantins, nos termos e para os fins previstos na lei.

§ 4º. Os mandatos do Governador, do Vice-Governador, dos Deputados Federais e Estaduais eleitos na forma do parágrafo anterior extinguir-se-ão concomitantemente aos das demais unidades da Federação; o mandato do Senador eleito menos votado extinguir-se-á nessa mesma oportunidade, e os dos outros dois, juntamente com os dos Senadores eleitos em 1986 nos demais Estados.

§ 5º. A Assembléia Estadual Constituinte será instalada no quadragésimo sexto dia da eleição de seus integrantes, mas não antes de 1º de janeiro de 1989, sob a presidência do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás, e dará posse, na mesma data, ao Governador e ao Vice-Governador eleitos.

§ 6º. Aplicam-se à criação e instalação do Estado do Tocantins, no que couber, as normas legais disciplinadoras da divisão do Estado de Mato Grosso, observado o disposto no art. 234 da Constituição.

§ 7º. Fica o Estado de Goiás liberado dos débitos e encargos decorrentes de empreendimentos no território do novo Estado, e autorizada a União, a seu critério, a assumir os referidos débitos.

Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

§ 1º. A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos Governadores eleitos em 1990.

§ 2º. Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e os critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.[1]

Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

Art. 16. Até que se efetive o disposto no art. 32, § 2º, da Constituição, caberá ao Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, indicar o Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal.

§ 1º. A competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal, até que se instale, será exercida pelo Senado Federal.

§ 2º. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Distrito Federal, enquanto não for instalada a Câmara Legislativa, será exercida pelo Senado Federal, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas do Distrito Federal, observado o disposto no art. 72 da Constituição.

•

ADCT, Art. 14: 1. EC 19, Art. 31. Os servidores públicos federais da administração direta e indireta, os servidores municipais e os integrantes da carreira policial militar dos ex-Territórios Federais do Amapá e de Roraima, que comprovadamente encontravam-se no exercício regular de suas funções prestando serviços àqueles ex-Territórios na data em que foram transformados em Estados; os policiais militares que tenham sido admitidos por força de lei federal, custeados pela União; e, ainda, os servidores civis nesses Estados com vínculo funcional já reconhecido pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens inerentes aos seus servidores, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias.

§ 1º. Os servidores da carreira policial militar continuarão prestando serviços aos respectivos Estados, na condição de cedidos, submetidos às disposições legais e regulamentares a que estão sujeitas as corporações das respectivas Polícias Militares, observadas as atribuições de função compatíveis com seu grau hierárquico.

§ 2º. Os servidores civis continuarão prestando serviços aos respectivos Estados, na condição de cedidos, até seu aproveitamento em órgão da administração federal.

§ 3º. O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos Governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos Governadores eleitos.

§ 4º. Enquanto não concretizada a transformação em Estados, nos termos deste artigo, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, "a", da Constituição, e 34, § 2º, II, deste Ato.

§ 3º. Incluem-se entre os bens do Distrito Federal aqueles que lhe vierem a ser atribuídos pela União na forma da lei.

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.[1]

§ 1º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Art. 20. Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.

Art. 21. Os juízes togados de investidura limitada no tempo, admitidos mediante concurso público de provas e títulos e que estejam em exercício na data da promulgação da Constituição, adquirem estabilidade, observado o estágio probatório, e passam a compor quadro em extinção, mantidas as competências, prerrogativas e restrições da legislação a que se achavam submetidos, salvo as inerentes à transitoriedade da investidura.

Parágrafo único. A aposentadoria dos juízes de que trata este artigo regular-se-á pelas normas fixadas para os demais juízes estaduais.

Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.

Art. 23. Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais.

Parágrafo único. A lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais, nos termos deste artigo.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação.

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a

ADCT 17: 1. EC 41/03: Art. 9º. Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa;

II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

§ 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:

I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar;

II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados;

III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.

§ 2º. Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

Art. 26. No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

§ 1º. A comissão terá a força legal de comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

§ 2º. Apurada irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível.

Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a presidência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

§ 2º. A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:

I – pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

II – pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

§ 3º. Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação.

§ 4º. Instalado o Tribunal, os Ministros aposentados do Tribunal Federal de Recursos tornar-se-ão, automaticamente, Ministros aposentados do Superior Tribunal de Justiça.

§ 5º. Os Ministros a que se refere o § 2º, II, serão indicados em lista tríplice pelo Tribunal Federal de Recursos, observado o disposto no art. 104, parágrafo único, da Constituição.

§ 6º. Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.

§ 7º. Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional, cabendo-lhe promover sua instalação e indicar os candidatos a todos os cargos da composição inicial, mediante lista tríplice, podendo desta constar juízes federais de qualquer região, observado o disposto no § 9º.

§ 8º. É vedado, a partir da promulgação da Constituição, o provimento de vagas de Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

§ 9º. Quando não houver juiz federal que conte o tempo mínimo previsto no art. 107, II, da Constituição, a promoção poderá contemplar juiz com menos de cinco anos no exercício do cargo.

§ 10. Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Superior Tribunal de Justiça, julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário.

Art. 28. Os juízes federais de que trata o art. 123, § 2º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, ficam investidos na titularidade de varas na seção judiciária para a qual tenham sido nomeados ou designados; na inexistência de vagas, proceder-se-á ao desdobramento das varas existentes.

Parágrafo único. Para efeito de promoção por antigüidade, o tempo de serviço desses juízes será computado a partir do dia de sua posse.

Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

§ 1º. O Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

§ 2º. Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretratável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 3º. Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

§ 4º. Os atuais integrantes do quadro suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar que tenham adquirido estabilidade nessas funções passam a integrar o quadro da respectiva carreira.

§ 5º. Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.

Art. 30. A legislação que criar a justiça de paz manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes, e designará o dia para a eleição prevista no art. 98, II, da Constituição.

Art. 31. Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares.

Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo poder público, respeitando-se o direito de seus servidores.

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.[1]

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, e pelas posteriores.

§ 1º. Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, "c", revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III.

§ 2º. O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios obedecerão às seguintes determinações:

ADCT, Art. 33: 1. EC 3/93, Art. 5º. Até 31 de dezembro de 1999, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no art. 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

I – a partir da promulgação da Constituição, os percentuais serão, respectivamente, de dezoito por cento e de vinte por cento, calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos referidos no art. 153, III e IV, mantidos os atuais critérios de rateio até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 161, II;

II – o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal será acrescido de um ponto percentual no exercício financeiro de 1989 e, a partir de 1990, inclusive, à razão de meio ponto por exercício, até 1992, inclusive, atingindo em 1993 o percentual estabelecido no art. 159, I, "a";

III – o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Municípios, a partir de 1989, inclusive, será elevado à razão de meio ponto percentual por exercício financeiro, até atingir o estabelecido no art. 159, I, "b".

§ 3º. Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§ 4º. As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.

§ 5º. Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.

§ 6º. Até 31 de dezembro de 1989, o disposto no art. 150, III, "b", não se aplica aos impostos de que tratam os arts. 155, I, "a" e "b", e 156, II e III, que podem ser cobrados trinta dias após a publicação da lei que os tenha instituído ou aumentado.

§ 7º. Até que sejam fixadas em lei complementar, as alíquotas máximas do imposto municipal sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos não excederão a três por cento.

§ 8º. Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

§ 9º. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

§ 10. Enquanto não entrar em vigor a lei prevista no art. 159, I, "c", cuja promulgação se fará até 31 de dezembro de 1989, é assegurada a aplicação dos recursos previstos naquele dispositivo da seguinte maneira:

I – seis décimos por cento na Região Norte, através do Banco da Amazônia S.A.;

II – um inteiro e oito décimos por cento na Região Nordeste, através do Banco do Nordeste do Brasil S.A.;

III – seis décimos por cento na Região Centro-Oeste, através do Banco do Brasil S.A.

§ 11. Fica criado, nos termos da lei, o Banco de Desenvolvimento do Centro-Oeste, para dar cumprimento, na referida região, ao que determinam os arts. 159, I, "c", e 192, § 2º, da Constituição.

§ 12. A urgência prevista no art. 148, II, não prejudica a cobrança do empréstimo compulsório instituído, em benefício das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), pela Lei n. 4.156, de 28 de novembro de 1962, com as alterações posteriores.

Art. 35. O disposto no art. 165, § 7º, será cumprido de forma progressiva, no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87.

§ 1º. Para aplicação dos critérios de que trata este artigo, excluem-se das despesas totais as relativas:

I – aos projetos considerados prioritários no plano plurianual;

II – à segurança e defesa nacional;

III – à manutenção dos órgãos federais no Distrito Federal;

IV – ao Congresso Nacional, ao Tribunal de Contas da União e ao Poder Judiciário;

V – ao serviço da dívida da administração direta e indireta da União, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal.

§ 2º. Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subseqüente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

III – o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.

Art. 37. A adaptação ao que estabelece o art. 167, III, deverá processar-se no prazo de cinco anos, reduzindo-se o excesso à base de, pelo menos, um quinto por ano.

Art. 38. Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando a respectiva despesa de pessoal exceder o limite previsto neste artigo, deverão retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano.

Art. 39. Para efeito do cumprimento das disposições constitucionais que impliquem variações de despesas e receitas da União, após a promulgação da Constituição, o Poder Executivo deverá elaborar e o Poder Legislativo apreciar projeto de revisão da lei orçamentária referente ao exercício financeiro de 1989.

Parágrafo único. O Congresso Nacional deverá votar no prazo de doze meses a lei complementar prevista no art. 161, II.

Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º. Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

§ 2º. A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

§ 3º. Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.

Art. 42. Durante 25 (vinte e cinco) anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: (*redação dada pela EC 43/04*)

I – vinte por cento na Região Centro-Oeste;

II – cinqüenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no Semi-Árido.

Art. 43. Na data da promulgação da lei que disciplinar a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais, ou no prazo de um ano, a contar da promulgação da Constituição, tornar-se-ão sem efeito as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não hajam sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos.

Art. 44. As atuais empresas brasileiras titulares de autorização de pesquisa, concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em vigor terão quatro anos, a partir da promulgação da Constituição, para cumprir os requisitos do art. 176, § 1º.

§ 1º. Ressalvadas as disposições de interesse nacional previstas no texto constitucional, as empresas brasileiras ficarão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, desde que, no prazo de até quatro anos da data da promulgação da Constituição, tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado a industrialização no território nacional, em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada.

§ 2º. Ficarão também dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, as empresas brasileiras titulares de concessão de energia hidráulica para uso em seu processo de industrialização.

§ 3º. As empresas brasileiras referidas no § 1º somente poderão ter autorizações de pesquisa e concessões de lavra ou potenciais de energia hidráulica, desde que a energia e o produto da lavra sejam utilizados nos respectivos processos industriais.

Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953.

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.

Art. 46. São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também:

I – às operações realizadas posteriormente à decretação dos regimes referidos no *caput* deste artigo;

II – às operações de empréstimo, financiamento, refinanciamento, assistência financeira de liquidez, cessão ou sub-rogação de créditos ou cédulas hipotecárias, efetivação de garantia de depósitos do público ou de compra de obrigações passivas, inclusive as realizadas com recursos de fundos que tenham essas destinações;

III – aos créditos anteriores à promulgação da Constituição;

IV – aos créditos das entidades da administração pública anteriores à promulgação da Constituição, não liquidados até 1º de janeiro de 1988.

Art. 47. Na liquidação dos débitos, inclusive suas renegociações e composições posteriores, ainda que ajuizados, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por bancos e por instituições financeiras, não existirá correção monetária desde que o empréstimo tenha sido concedido:

I – aos micro e pequenos empresários ou seus estabelecimentos no período de 28 de fevereiro de 1986 a 28 de fevereiro de 1987;

II – aos mini, pequenos e médios produtores rurais no período de 28 de fevereiro de 1986 a 31 de dezembro de 1987, desde que relativos a crédito rural.

§ 1º. Consideram-se, para efeito deste artigo, microempresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receitas anuais de até dez mil obrigações do Tesouro Nacional, e pequenas empresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil obrigações do Tesouro Nacional.

§ 2º. A classificação de mini, pequeno e médio produtor rural será feita obedecendo-se às normas de crédito rural vigentes à época do contrato.

§ 3º. A isenção da correção monetária a que se refere este artigo só será concedida nos seguintes casos:

I – se a liquidação do débito inicial, acrescido de juros legais e taxas judiciais, vier a ser efetivada no prazo de noventa dias, a contar da data da promulgação da Constituição;

II – se a aplicação dos recursos não contrariar a finalidade do financiamento, cabendo o ônus da prova à instituição credora;

III – se não for demonstrado pela instituição credora que o mutuário dispõe de meios para o pagamento de seu débito, excluído desta demonstração seu estabelecimento, a casa de moradia e os instrumentos de trabalho e produção;

IV – se o financiamento inicial não ultrapassar o limite de cinco mil obrigações do Tesouro Nacional;

V – se o beneficiário não for proprietário de mais de cinco módulos rurais.

§ 4º. Os benefícios de que trata este artigo não se estendem aos débitos já quitados e aos devedores que sejam constituintes.

§ 5º. No caso de operações com prazos de vencimento posteriores à data-limite de liquidação da dívida, havendo interesse do mutuário, os bancos e as instituições financeiras promoverão, por instrumento próprio, alteração nas condições contratuais originais de forma a ajustá-las ao presente benefício.

§ 6º. A concessão do presente benefício por bancos comerciais privados em nenhuma hipótese acarretará ônus para o poder público, ainda que através de refinanciamento e repasse de recursos pelo Banco Central.

§ 7º. No caso de repasse a agentes financeiros oficiais ou cooperativas de crédito, o ônus recairá sobre a fonte de recursos originária.

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.

§ 1º. Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.

§ 2º. Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

§ 3º. A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

§ 4º. Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa.

Art. 50. Lei agrícola a ser promulgada no prazo de um ano disporá, nos termos da Constituição, sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário.

Art. 51. Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987.

§ 1º. No tocante às vendas, a revisão será feita com base exclusivamente no critério de legalidade da operação.

§ 2º. No caso de concessões e doações, a revisão obedecerá aos critérios de legalidade e de conveniência do interesse público.

§ 3º. Nas hipóteses previstas nos parágrafos anteriores, comprovada a ilegalidade, ou havendo interesse público, as terras reverterão ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 52. Até que sejam fixadas as condições do art. 192, III, são vedados: (*nova redação do "caput" dada pela EC 42/03*)

I – a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior;

II – o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

Parágrafo único. A vedação a que se refere este artigo não se aplica às autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro.

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I – aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;

II – pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III – em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;

IV – assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;

V – aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico;

VI – prioridade na aquisição da casa própria, para os que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras.

Parágrafo único. A concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente.

Art. 54. Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-lei n. 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-lei n. 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos.

§ 1º. O benefício é estendido aos seringueiros que, atendendo a apelo do Governo brasileiro, contribuíram para o esforço de guerra, trabalhando na produção de borracha, na Região Amazônica, durante a Segunda Guerra Mundial.

§ 2º. Os benefícios estabelecidos neste artigo são transferíveis aos dependentes reconhecidamente carentes.

§ 3º. A concessão do benefício far-se-á conforme lei a ser proposta pelo Poder Executivo dentro de cento e cinqüenta dias da promulgação da Constituição.

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Art. 56. Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-lei n. 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto n. 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei n. 7.611, de 8 de julho de 1987, passa à integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento.

Art. 57. Os débitos dos Estados e dos Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988 serão liquidados, com correção monetária, em cento e vinte parcelas mensais, dispensados os juros e multas sobre eles incidentes, desde que os devedores requeiram o parcelamento e iniciem seu pagamento no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição.

§ 1º. O montante a ser pago em cada um dos dois primeiros anos não será inferior a cinco por cento do total do débito consolidado e atualizado, sendo o restante dividido em parcelas mensais de igual valor.

§ 2º. A liquidação poderá incluir pagamentos na forma de cessão de bens e prestação de serviços, nos termos da Lei n. 7.573, de 23 de dezembro de 1986.

§ 3º. Em garantia do cumprimento do parcelamento, os Estados e os Municípios consignarão, anualmente, nos respectivos orçamentos as dotações necessárias ao pagamento de seus débitos.

§ 4º. Descumprida qualquer das condições estabelecidas para concessão do parcelamento, o débito será considerado vencido em sua totalidade, sobre ele incidindo juros de mora; nesta hipótese, parcela dos recursos correspondentes aos fundos de participação, destinada aos Estados e Municípios devedores, será bloqueada e repassada à previdência social para pagamento de seus débitos.

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda,[1] os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. (*"caput" e parágrafos com redação dada pela EC 14/96*)

§ 1º. A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil.

§ 2º. O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas "a" e "b", e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

§ 3º. A União complementará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 4º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

§ 5º. Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.

§ 6º. A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

§ 7º. A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno.

Art. 61. As entidades educacionais a que se refere o art. 213, bem como as fundações de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei, que preencham os requisitos dos incisos I e II do referido artigo e que, nos últimos três anos, tenham recebido recursos públicos, poderão continuar a recebê-los, salvo disposição legal em contrário.

Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área.

Art. 63. É criada uma comissão composta de nove membros, sendo três do Poder Legislativo, três do Poder Judiciário e três do Poder Executivo, para promover as comemorações do centenário da proclamação da República e da promulgação da primeira Constituição republicana do País, podendo, a seu critério, desdobrar-se em tantas subcomissões quantas forem necessárias.

Parágrafo único. No desenvolvimento de suas atribuições, a comissão promoverá estudos, debates e avaliações sobre a evolução política, social, econômica e cultural do País, podendo articular-se com os governos estaduais e municipais e com instituições públicas e privadas que desejem participar dos eventos.

Art. 64. A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.

Art. 65. O Poder Legislativo regulamentará, no prazo de doze meses, o art. 220, § 4º.

Art. 66. São mantidas as concessões de serviços públicos de telecomunicações atualmente em vigor, nos termos da lei.

ADCT, Art. 60:1. EC 14/96.

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Art. 69. Será permitido aos Estados manter Consultorias Jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

Art. 70. Fica mantida a atual competência dos tribunais estaduais até que a mesma seja definida na Constituição do Estado, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição.

Art. 71. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 e 31 de dezembro 1999, o Fundo Social de Emergência com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistema de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social. (*"caput" com redação dada pela EC 17/97*)

§ 1º. Ao Fundo criado por este artigo não se aplica o disposto na parte final do inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição.

§ 2º. O Fundo criado por este artigo passa a ser denominado Fundo de Estabilização Fiscal a partir do início do exercício financeiro de 1996.

§ 3º. O Poder Executivo publicará demonstrativo da execução orçamentária, de periodicidade bimestral, no qual se discriminarão as fontes e usos do Fundo criado por este artigo.

Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

I – o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive suas autarquias e fundações;

II – a parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, decorrente das alterações produzidas pela Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994, e pelas Leis ns. 8.849 e 8.848, ambas de 28 de janeiro de 1994, e modificações posteriores;

III – a parcela do produto da arrecadação resultante da elevação da alíquota da contribuição social sobre o lucro dos contribuintes a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997, passa a ser de trinta por cento, sujeita a alteração por lei ordinária, mantidas as demais normas da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

IV – vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, já instituídos ou a serem criados, excetuado o previsto nos incisos I, II e III, observado o disposto nos §§ 3º e 4º;

V – a parcela do produto da arrecadação da contribuição de que trata a Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro 1970, devida pelas pessoas jurídicas a que se refere o inciso III deste artigo, a qual será calculada, nos exercícios financeiros de 1994 a 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e de 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, mediante a aplicação da alíquota de setenta e cinco centésimos por cento, sujeita a alteração por lei ordinária posterior, sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza: (*inciso com redação dada pela EC 17/97*)

VI – outras receitas previstas em lei específica.

§ 1º. As alíquotas e a base de cálculo previstas nos incisos III e V aplicar-se-ão a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à promulgação desta emenda.

§ 2º. As parcelas de que tratam os incisos I, II, III e V serão previamente deduzidas da base de cálculo de qualquer vinculação ou participação constitucional ou legal, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 159, 212 e 239 da Constituição.

§ 3º. A parcela de que trata o inciso IV será previamente deduzida da base de cálculo das vinculações ou participações constitucionais previstas nos arts. 153, § 5º, 157, II, 212 e 239 da Constituição.

§ 4º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos recursos previstos nos arts. 158, II, e 159 da Constituição.

§ 5º. A parcela dos recursos provenientes do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, destinada ao Fundo Social de Emergência, nos termos do inciso II deste artigo, não poderá exceder a cinco inteiros e seis décimos por cento do total do produto da sua arrecadação.[1]

Art. 73. Na regulação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição. (*artigo acrescentado pela ECR 1/94*)

Art. 74. A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. (*artigo acrescentado pela EC 12/96*)

§ 1º. A alíquota da contribuição de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º. À contribuição de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 153, § 5º, e 154, I, da Constituição.

§ 3º. O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde.

§ 4º. A contribuição de que trata este artigo terá sua exigibilidade subordinada ao disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, e não poderá ser cobrada por prazo superior a dois anos.

Art. 75. É prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei n. 9.539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo.

§ 1º. Observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, a alíquota da contribuição será de trinta e oito centésimos por cento, nos primeiros doze meses, e de trinta centésimos, nos meses subseqüentes, facultado ao Poder Executivo reduzi-la total ou parcialmente, nos limites aqui definidos.

§ 2º. O resultado do aumento da arrecadação, decorrente da alteração da alíquota, nos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, será destinado ao custeio da previdência social.

§ 3º. É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999. (*acrescentado pela EC 21/99 – "DOU" 19.3.99*)

Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (*nova redação dada pela EC 42/03*)

§ 1º. O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, "a" e "b"; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição. (*nova redação dada pela EC 42/03*)

§ 2º. Excetua-se da desvinculação de que trata o caput deste artigo a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, § 5º, da Constituição.

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: (*artigo introduzido pela EC 29/00*)

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea "a", e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

ADCT, Art. 72: 1. V. arts. 3º a 6º da EC 17/97.

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea "b" e § 3º.

§ 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º. Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º. Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º. Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações, anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (*artigo introduzido pela EC 29/00*)

§ 1º. É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º. As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º. O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º. O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010,[1] no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (*artigo incluído pela EC 31/00*)

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: (*artigo incluído pela EC 31/00*)

I – a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II – a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de cinco pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre produtos supérfluos e aplicável até a extinção do Fundo;

ADCT, Art. 79: 1. EC 42/03: Art. 4º. Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

III – o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição;

IV – dotações orçamentárias;

V– doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

VI – outras receitas, a serem definidas na regulamentação do referido Fundo.

§ 1º. Aos recursos integrantes do Fundo de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 159 e 167, inciso IV, da Constituição, assim como qualquer desvinculação de recursos orçamentários.

§ 2º. A arrecadação decorrente do disposto no inciso I deste artigo, no período compreendido entre 18 de junho de 2000 e o início da vigência da lei complementar a que se refere a art. 79, será integralmente repassada ao Fundo, preservado o seu valor real, em títulos públicos federais, progressivamente resgatáveis após 18 de junho de 2002, na forma da lei.

Art. 81. É instituído Fundo constituído pelos recursos recebidos pela União em decorrência da desestatização de sociedades de economia mista ou empresas públicas por ela controladas, direta ou indiretamente, quando a operação envolver a alienação do respectivo controle acionário a pessoa ou entidade não integrante da Administração Pública, ou de participação societária remanescente após a alienação, cujos rendimentos, gerados a partir de 18 de junho de 2002, reverterão ao Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza. (*artigo incluído pela EC 31/00*)

§ 1º. Caso o montante anual previsto nos rendimentos transferidos ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma deste artigo, não alcance o valor de quatro bilhões de reais, far-se-á complementação na forma do art. 80, inciso IV, do Ato das disposições Constitucionais Transitórias.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto no § 1º, o Poder Executivo poderá destinar ao Fundo a que se refere este artigo outras receitas decorrentes da alienação de bens da União.

§ 3º. A constituição do Fundo a que se refere o *caput*, a transferência de recursos ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e as demais disposições referentes ao § 1º deste artigo serão disciplinadas em lei, não se aplicando o disposto no art. 165, § 9º, inciso II, da Constituição.

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate á Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (*artigo incluído pela EC 31/00*)

§ 1º. Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (*nova redação dada pela EC 42/03*)

2º. Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto Sobre Serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos.

Art. 83. Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, II, e 82, § 2º. (*nova redação dada pela EC 42/03*)

Art. 84. A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, prevista nos arts. 74, 75 e 80, I, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será cobrada até 31 de dezembro de 2004. (*artigo acrescentado pela EC 37/02*)

§ 1º. Fica prorrogada, até a data referida no *caput* deste artigo, a vigência da Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º. Do produto da arrecadação da contribuição social de que trata este artigo será destinada a parcela correspondente à alíquota de:

I – vinte centésimos por cento ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde;

II – dez centésimos por cento ao custeio da previdência social;

III – oito centésimos por cento ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º. A alíquota da contribuição de que trata este artigo será de:

I – trinta e oito centésimos por cento, nos exercícios financeiros de 2002 e 2003;

II – (*revogado pela EC 42/03*)

Art. 85. A contribuição a que se refere o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não incidirá, a partir do trigésimo dia da data de publicação desta Emenda Constitucional, nos lançamentos:

I – em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de:

a) câmaras e prestadoras de serviços de compensação e de liquidação de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.214, de 27 de março de 2001;

b) companhias securitizadoras de que trata a Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997;

c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro;

II – em contas correntes de depósito, relativos a:

a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado;

b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros;

III – em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos no inciso II deste artigo.

§ 1º. O Poder Executivo disciplinará o disposto neste artigo no prazo de trinta dias da data de publicação desta Emenda Constitucional.

§ 2º. O disposto no inciso I deste artigo aplica-se somente às operações relacionadas em ato do Poder Executivo, dentre aquelas que constituam o objeto social das referidas entidades.

§ 3º. O disposto no inciso II deste artigo aplica-se somente a operações e contratos efetuados por intermédio de instituições financeiras, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de mercadorias. (*artigo acrescido pela EC 37/02*)

Art. 86. Serão pagos conforme disposto no art. 100 da Constituição Federal, não se lhes aplicando a regra de parcelamento estabelecida no *caput* do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições:

I – ter sido objeto de emissão de precatórios judiciários;

II – ter sido definidos como de pequeno valor pela lei de que trata o § 3º do art. 100 da Constituição Federal ou pelo art. 87 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III – estar, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação desta Emenda Constitucional.

§ 1º. Os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, ou os respectivos saldos, serão pagos na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, com precedência sobre os de maior valor.

§ 2º. Os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, se ainda não tiverem sido objeto de pagamento parcial, nos termos do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão ser pagos em duas parcelas anuais, se assim dispuser a lei.

§ 3º. Observada a ordem cronológica de sua apresentação, os débitos de natureza alimentícia previstos neste artigo terão precedência para pagamento sobre todos os demais. (*artigo acrescido pela EC 37/02*)

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I – quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II – trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor

excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100. (*artigo acrescido pela EC 37/02*)

Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º. do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do *caput* do mesmo artigo:

I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968;

II – não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I. (*artigo acrescido pela EC 37/02*)

Art. 89. Os integrantes da carreira policial militar do ex-Território Federal de Rondônia, que comprovadamente se encontravam no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-Território na data em que foi transformado em Estado, bem como os Policiais Militares admitidos por força de lei federal, custeados pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens a eles inerentes, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias, bem como ressarcimentos ou indenizações de qualquer espécie, anteriores à promulgação desta Emenda.

Parágrafo único. Os servidores da carreira policial militar continuarão prestando serviços ao Estado de Rondônia na condição de cedidos, submetidos às disposições legais e regulamentares a que estão sujeitas as corporações da respectiva Polícia Militar, observadas as atribuições de função compatíveis com seu grau hierárquico. (*artigo acrescido pela EC 38/02*)

Art. 90. O prazo previsto no *caput* do art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica prorrogado até 31 de dezembro de 2007. (*artigo acrescentado pela EC 42/03*)

§ 1º. Fica prorrogada, até a data referida no *caput* deste artigo, a vigência da Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º. Até a data referida no *caput* deste artigo, a alíquota da contribuição de que trata o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será de trinta e oito centésimos por cento.

Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, "a". (*"caput" e parágrafos acrescentados pela EC 42/03*)

§ 1º. Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.

§ 2º. A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

§ 3º. Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar n. 115, de 26 de dezembro de 2002.

§ 4º. Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

Art. 92. São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (*artigo acrescentado pela EC 42/03*)

Art. 93. A vigência do disposto no art. 159, III, e § 4º, iniciará somente após a edição da lei de que trata o referido inciso III. (*artigo acrescentado pela EC 42/03*)

Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição. (*artigo acrescentado pela EC 42/03*)

ANEXO

LEI N. 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I – DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II – DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I – *Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade*

Art. 2º. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (*vetado*)

Art. 3º. A petição indicará:

I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II – o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º. Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (*vetado*)

Art. 6º. O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º. (*vetado*)

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º. Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º. O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º. As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II – *Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º. No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º. Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º. A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Capítulo III – DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I – *Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade*

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa da Câmara dos Deputados;

III – a Mesa do Senado Federal;

IV – o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

I – o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II – o pedido, com suas especificações;

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (*vetado*)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º. (*vetado*)

§ 2º. (*vetado*)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º. O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º. As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II – *Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade*

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Capítulo IV – DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Capítulo V – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482. (...)

§ 1º. O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º. Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O art. 8º da Lei n. 8.185, de 14 de maio de 1001, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art.8º. (...)

I – (...).

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

(...)

§ 3º. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I – o Governador do Distrito Federal;

II – a Mesa da Câmara Legislativa;

III – o Procurador-Geral de Justiça;

IV – a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI – os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º. Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I – o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II – declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III – somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º. Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

LEI N. 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (*vetado*)

Art. 2º. Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II – (*vetado*)

§ 1º. Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º. (*vetado*)

Art. 3º. A petição inicial deverá conter:

I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II – a indicação do ato questionado;

III – a prova da violação do preceito fundamental;

IV – o pedido, com suas especificações;

V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º. Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º. Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º. O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º. (*vetado*)

Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas argüições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º. A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º. (*vetado*)

§ 2º. (*vetado*)

Art. 9º. (*vetado*)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º. O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º. Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

GRÁFICA PAYM
Tel. (011) 4392-3344
paym@terra.com.br